Capitolo Nono

LA REPRESSIONE DEL DOLO COME PRINCIPIO

Sommario. 1. Il problema nel *quantum respondeatur*. Il dolo come elemento che consente di eguagliare il risarcimento al danno. Ammissibilità di una lettura organica. - 2. *An respondeatur*. La reazione alla malizia come mezzo di accresciuta tutela per la vittima. Le attività esercitabili oltre i confini della normale diligenza. La prova del dolo. - 3. La sede normativa del principio. Differenti possibilità di sistemazione. Opportunità di una riconduzione all'art. 2043. - 4. Clausola generale, elasticità e criteri di interpretazione. - 5. Le ipotesi di rilevanza del dolo al di fuori della responsabilità civile. Irriducibilità ad un sistema unitario. - 6. L'assenza di una clausola sul dolo nel nostro ordinamento. Difficoltà tecniche e noncuranza degli interpreti passati. - 7. Infecondità di un rimprovero al legislatore. I mutamenti della responsabilità civile e la giuridicità dell'art. 2043. Le innovazioni del codice attuale. - 8. Il § 826 BGB e l'art. 41, 2° comma, CO svizzero: spunti per l'interprete italiano.

1. Con l'individuazione delle giustificazioni correnti del dogma dell'equivalenza, e la scoperta dei motivi anche esteriori della sua fortuna, appare soddisfatta l'esigenza di avere convenienti informazioni intorno all'oggetto dell'indagine: e occorre ormai dunque riaffrontare, al lume di quanto s'è raccolto, il tema centrale del discorso. Si tratta, sappiamo, di vedere se i vari appunti mossi dagli interpreti siano tali da imporre una sistemazione dei frammenti di autonomia del dolo, rilevabili nel nostro ordinamento, *sub specie* di eccezioni a quel principio [1]; o se, al contrario, in essi non si possano ravvisare altrettante traduzioni di un più vasto precetto generale, operante nel campo dell'illecito, e intestato alla sanzione di fenomeni come l'*animus nocendi,* la malizia, la scienza di recare danno ad altri.

Sarà anche qui opportuno, per la diversa natura del quesito,

[1] Così, ad esempio, Paladini, *Fattori della responsabilità civile e penale,* cit., p. 159; Starck, *Essai d'une théorie générale,* cit., p. 441; Brasiello, *I limiti,* cit., p. 89. Si vedano anche i richiami offerti *retro,* Cap. IV, nota 17.

distinguere fra i due profili dell'*an* e del *quantum debeatur* [2]: e converrà anzi cominciare dal secondo, dove l'esistenza di un punto fermo, qual è il danno dichiarato risarcibile, e il restringersi del dubbio a poche voci, semplificano in parte la domanda.

Su questo fronte, non sembra allora vi siano valide ragioni per dover scegliere, delle due possibili, la tesi più angusta e restrittiva [3].

Nessun elemento, in tal senso, può ritrarsi dalle varie riserve e osservazioni maturate sul terreno dei danni imprevedibili: ai fini del nodo qui da sciogliere, esse smarriscono evidentemente ogni valore non appena si rinunci — com'è d'altronde inevitabile [4], stante la formulazione degli artt. 1225 e 2056 cod. civ. — all'esclusiva del dolo su codesto capitolo del danno.

Restano ancora le obiezioni di coloro che, in un'incidenza del dolo sopra il *quantum*, vedono e temono il portato delle idee di pena [5], sanzione morale [6] o vendetta privata [7]; obiezioni senza dubbio

---

[2] Distinzione che non va certamente sopravvalutata, dal momento che i criteri in base a cui viene regolata l'ipotesi in cui uno solo è l'interesse colpito o l'evento imputabile, sono poi gli stessi del caso in cui o vi siano più eventi che conseguono ad una certa condotta, o una pluralità di interessi della vittima coinvolti in quel determinato fatto, oppure una pluralità di danneggiati (per lo stesso interesse, per interessi differenti, o in relazione ad eventi diversi prodotti dalla stessa condotta: cfr. Mc GREGOR, *On damages*, cit., p. 51 e p. 116); distinzione, tuttavia, non priva di un valore pratico (Mc CORMICK, *Handbook of the law of damages*, cit., p. 124), e che non merita certamente — una volta riportata alle sue esatte proporzioni — le critiche persino aspre di cui è stata talora fatta oggetto (ad esempio, da GIUSIANA, *Il concetto di danno giuridico*, cit., p. 93).

[3] Per la quale invece — proprio in relazione all'ammontare del risarcimento — autori come Otto v. GIERKE, *Schuldrecht*, cit., p. 79, nota 67; STAUDINGER (-WERNER), *Kommentar*, II, 1, c, cit., p. 56.

[4] Diversamente soltanto GIUSIANA, *Il concetto*, cit., p. 89, nota 20, che non fornisce peraltro adeguate spiegazioni. Per quanto riguarda la dottrina sotto il vecchio codice, v. *retro*, Cap. I, nota 4.

Nel senso del testo, per tutti, BONASI BENUCCI, *La responsabilità civile*, cit., p. 5; QUAGLIARIELLO, *Sulla responsabilità da illecito*, cit., p. 33 s.; FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 123, nota 64; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 98 ss. Altri richiami, *retro*, Cap. I, nota 3 e (per la giurisprudenza) nota 15; Cap. VI, note 3 e ss. e nota 47. Per la Francia, analogamente, *retro*, Cap. I, nota 4, cui *adde* RODIÈRE, *La responsabilité civile*, cit., p. 240.

[5] L'accusa è tanto frequente e risaputa da rendere forse superfluo un accenno agli autori che l'hanno formulata. Si vedano, ad ogni modo, BINDING, *Die Normen*, I, cit., p. 212 ss.; UNGER, *System*, I, cit., pp. 376-377; VENEZIAN,

pertinenti, su un piano astratto, se è vero che la funzione della responsabilità civile non è quella di reprimere condotte o infliggere ammende e punizioni [8], bensì di risarcire un pregiudizio: sì che ogni dato

---

Danno e risarcimento, cit., p. 305; FERRINI, *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 741 e p. 802; TITZE, *Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht*, Leipzig, 1900, p. 138; POLACCO, *Le obbligazioni*, cit., pp. 599-600; COPPA-ZUCCARI, « *La compensazione delle colpe* », cit., p. 181. Successivamente, L. COVIELLO jr., *L'obbligazione negativa*, II, cit., p. 100; DE PAGE, *Traité*, II, cit., p. 819 e p. 982; GIUSIANA, *Il concetto*, cit., p. 88; BOUILLENNE, *La responsabilité civile*, cit., p. 177; RODIÈRE, *op. cit.*, p. 277; SEYDEL, *Zwischenbilan der Schmerzensgelddebatte*, cit., p. 1018; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité*, I, cit., p. 74 e III, cit., p. 499 ss. Fra i nostri scrittori, ultimamente, CARBONE, *Il fatto dannoso*, cit., p. 126 ss.; LUPOI, *Il dolo*, cit., p. 348.

[6] Così, fra gli altri, RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 69, nota 69, che sembra però alquanto sbrigativo nell'affermare che a quest'unico fondamento si ispirino le critiche avanzate in Germania nei confronti dell'*Alles-oder-Nichts-Prinzip* (si veda anche CARBONE, *op. loc. ult. cit.*); è proprio Hermann LANGE, *Begrenzung der Haftung*, cit., p. 34 ad osservare infatti che « die Abstufung der Ersatzpflicht nach dem Verschuldensgrad soll weder der moralischen Bewertung des Ersatzpflichtigen dienen noch das Bedürfniss des Geschädigten nach Genugtuung befriedigen, sondern in erster Linie der objektiven Verstrickung beider Teile in das Unglück Rechnung tragen ».

[7] Si tratta, per la verità, di un riferimento utilizzato assai di rado dagli scrittori, e comunque di solito soltanto quale giustificazione concorrente per la risarcibilità del danno morale o per l'istituto della pena privata (PFAFF, *Zur Lehre von Schadensersatz*, cit., p. 15; DEMOGUE, *De la réparation civile*, cit., p. 162 s.; KOHLER, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, cit., pp. 180-181; RIPERT, *La règle morale*, cit., p. 346; STARCK, *Essai*, cit., in tutta la seconda parte dell'opera; GROSSFELD, *Die Privatstrafe*, cit., p. 91; si veda anche il panorama di Mc CORMACK, *Revenge and compensation in early law*, in *Am. journ. comp. law.*, 1973, p. 68 ss.; in generale LINDEN, *Automobile accidents compensation in Ontario - A System in transition*, *ivi*, 1966-67, p. 301 ss., 312). Non appare quindi azzeccata o pertinente la polemica di chi — ad esempio COGLIOLO, *Scritti vari*, cit., p. 197; L. RIPERT, *La réparation du préjudice*, cit., 101; più genericamente GANOT, *La réparation du préjudice morale*, cit., p. 64; ESSER, *Schuldrecht*, I, cit., p. 268 — riconduce a quest'unico profilo la *ratio* della rilevanza del dolo, anche se è vero che con questa riduzione può riuscire poi abbastanza facile la difesa del principio dell'immutabilità del risarcimento.

[8] Così invece, recentemente, STARCK, *Essai*, cit., p. 354 ss.; VINEY, *Le déclin*, cit., p. 311. Nella letteratura del secolo scorso, A. MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, I, 1, *Von den Rechtsfolgen des Unrechts insbesondere*, cit., p. 57 ss.; HEINZE, *Strafrechtstheorien und Strafrechtsprinzip*, cit., p. 322 e p. 328. Si veda anche v. LISZT, *Deliktsobligationen*, cit., p. 3, il quale parlava di « soziale Funktion der Ersatzpflicht als eines wichtigen Mittels im Kampfe gegen das Unrecht », e concludeva: « Entschädigung wie Strafe

orientato in altro senso, quand'anche fatto salvo per se stesso, non potrebbe non dirsi almeno insolito.

Neppure queste, tuttavia, meritano seguito, una volta ricordato e precisato entro che limiti il dolo può influire sulla misura del risarcimento: non appena sia cioè stato posto in chiaro che la presenza dell'*animus nocendi* non autorizza una condanna oltre la misura delle perdite sofferte, permettendo unicamente di colmare la differenza che, sotto la partita dei danni morali, delle conseguenze indirette, del lucro cessante, della scelta fra reintegrazione in forma specifica e risarcimento per equivalente, manterrebbe altrimenti la riparazione al di sotto delle perdite effettive [9].

Si è dunque di fronte non ad un inopinato arricchimento dell'offeso, da doversi spiegare come riflesso di istanze correttive, quanto a un semplice ripristino del principio del risarcimento integrale [10]; la maliziosità del contegno lesivo ha spento infatti l'esigenza che, per il caso di colpa, giustificherebbe lo scarto fra i due termini: l'opportunità cioè che ogni soggetto, pur colpevole di scarsa avvedutezza, sia

dienen in letzter Linie demselben Zweck; dem Schutze der Rechtsordnung durch die Bekämpfung des Unrechts ». Ad una « gemeinsame psychologische Wurzel von Strafe und Schadenersatz » si appellava invece KUHLENBECK, *Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 15, per consigliare al giudice di andar oltre la lettera del § 254 BGB e graduare il risarcimento in funzione dell'elemento soggettivo. Ancor prima, e ancor più marcatamente, KIERULFF, *Theorie des gemeinen Civilrechts*, I, cit., p. 229 ss. Per l'Austria, HASENÖHRL, *Österreichisches Obligationenrecht*, II, cit., p. 142.

[9] *Retro*, Cap. III, n. 3. Per qualche altro rilievo, TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964, p. 10, p. 37 e p. 156. Si veda anche l'esatta impostazione di PUGLIATTI, *La limitazione della responsabilità civile*, cit., p. 76; e cfr. i chiarimenti della VINEY, *Le déclin*, cit., p. 311 ss. Oppure, in senso analogo, CRICK, *L'élément « degré de la faute » doit-il être pris en considération pour l'évaluation des dommages-intérêts, spécialement en matière de préjudice moral?*, cit., p. 24; KNÖPFEL, *Billigkeit und Schmerzensgeld*, cit., p. 153; ELDBACHER, *Wandel und Krise*, cit., p. 88; DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., p. 387. Particolarmente esplicito, LORENZ, *Fortschritte der Schuldrechtsdogmatik*, cit., p. 439 (« Hat man allein richtigen Ausgangspunkt fest, dass grundsätzlich der volle normadäquat Schaden zu ersetzen ist, so kann nicht von einer Pönalisierung gesprochen werden, wenn es in gewissen Fällen zur Minderung solcher Ersatzpflicht kommt »). Da ultimo, Hans STOLL, *Penal purposes*, cit., p. 4.

[10] Lo stesso vale per il venir meno, dinanzi al dolo, del limite posto in un'eventuale clausola di irresponsabilità, o delle limitazioni contenute nel codice della navigazione (*retro*, Cap. III, nota 23), o ancora, per restare al codice civile, di *forfait* come quelli previsti nell'art. 1784.

tenuto indenne dagli incerti più lontani derivanti dalla sua attività, e non veda così troppo ridotta la propria libertà di iniziativa [11].

Qualche maggior risalto un profilo punitivo ha forse nelle ipotesi di cui agli artt. 1227, 1° comma e 2055, 2° comma [12] — e cioè nei fenomeni di concorso della vittima nella produzione del danno [13],

[11] Così pure in ipotesi come quelle del conflitto fra proprietario e possessore, fra *solvens* e *accipiens indebiti*, fra erede vero ed erede apparente, dove l'ammontare del risarcimento dovuto varia di intensità a seconda dello stato di buona o di malafede del danneggiante. Anche qui, cioè, il trattamento di favore che la legge riserva al soggetto versante in *culpa laevis*, si giustifica sulla base di considerazioni di opportunità relative alla posizione di quest'ultimo — per il possessore, secondo l'opinione prevalente, opportunità di evitare che la certezza di un obbligo restitutorio finale si traduca in un disincentivo allo sfruttamento della cosa, e quindi in un inutile spreco di ricchezza (TRIMARCHI, *Illecito*, cit., p. 101; GORPHE, *Le principe*, cit., p. 164); per l'*accipiens indebiti* ulteriore considerazione del fatto che ad aver dato causa all'usurpazione è qui lo stesso titolare del diritto (GORPHE, *op. cit.*, p. 178) — e la severità verso il disponente in malafede si spiega con il venir meno di tale necessità politica (chiunque s'impadronirebbe altrimenti dei beni altrui, sicuro di poter tenere i frutti per sé) dinanzi al principio della *restitutio* integrale (principio che vede certo qui commisti il profilo petitorio e quello risarcitorio, ma a cui è comunque soltanto strumentale quell'ispirazione sanzionatoria nella quale STARCK, *Essai*, cit., pp. 363-364 vorrebbe invece esaurire la giustificazione di questi esiti: v. anche *infra*, in questo capitolo, nota 16).

[12] Così BOHLEN, *Contributory negligence*, cit., p. 255; BAUDIN, *La responsabilité en matière délictuelle: coréalité et solidarité*, cit., p. 349 ss.; DEREUX, *De la réparation due par l'auteur d'une seule des fautes dont le concours a causé un préjudice*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1944, p. 157 ss.; VINEY, *Le déclin*, cit., p. 317; DI PRISCO, *Concorso di colpa*, cit., pp. 38-39; ATIYAH, *Accidents*, cit., p. 154.

[13] Chi mira a sminuire il rilievo dell'elemento soggettivo nella responsabilità civile, fa spesso leva sul 2° comma dell'art. 2054 cod. civ., il quale — per il caso di scontro fra autoveicoli — pone la presunzione « che ciascuno dei conducenti abbia concorso ugualmente a produrre il danno subito dai singoli veicoli », oppure sull'ultimo comma dell'art. 2055, relativo all'ipotesi di corresponsabilità fra più autori della lesione, e in cui, per la successiva ripartizione del carico risarcitorio, è disposto che « nel dubbio, le singole colpe si presumono uguali ». In realtà, la giurisprudenza ha sottolineato più volte che solo se non sia possibile al giudice stabilire la proporzione tra le colpe concorrenti, il danno subito da ciascuna delle parti si presume prodotto da colpe di pari gravità ed entità causale (Cass. 23 giugno 1956, n. 2266, in *Resp. civ. e prev.*, 1956, p. 335; Cass. 6 aprile 1957, n. 1199, in *Riv. giur. circ. e trasp.*, 1958, p. 261, su cui VISINTINI, *La responsabilità civile*, cit., p. 568), e che non può essere dichiarata la responsabilità in parti eguali se non è stata compiuta preventivamente la valutazione sull'entità della colpa in

e di corresponsabilità fra più autori della lesione — dove però è il legislatore stesso ad aver disposto il rilievo dell'entità della colpa [14]; mentre è palese l'estraneità di quella *ratio*, e l'operatività del solo meccanismo reintegratorio, nelle fattispecie in cui il maggior ammontare del risarcimento, dinanzi alla lesione dolosa, è frutto direttamente della maggior ampiezza che il pregiudizio ha avuto in tal caso [15].

---

concreto e dell'efficacia causale (Cass. 12 giugno 1951, citata da Bonasi Benucci, *La responsabilità civile*, cit., p. 130; con riferimento all'art. 2055, cfr., d'altra parte, Cass. 6 aprile 1957, n. 1199, in *Resp. civ. e prev.*, 1958, p. 354; Cas. 27 ottobre 1954, n. 4155, *ivi*, 1955, p. 219).

[14] Il motivo sanzionatorio non entra in gioco, del resto, nei soli casi in cui il comportamento dell'agente appare particolarmente riprovevole. Ad esempio, per quanto concerne la responsabilità dell'esercente di un impianto nucleare, già la colpa semplice fa venire meno la limitazione prevista dal 1° comma dell'art. 19 L. 13 dicembre 1963, n. 1860, e consente il ripristino del risarcimento integrale: ma è indubbio che tale effetto è concepito anche in funzione punitiva, dal momento che quella colpa deve risultare da una sentenza penale (art. 19, 6° comma). E lo stesso può ripetersi con riferimento alla responsabilità dell'imprenditore per l'infortunio toccato a un suo dipendente (*retro*, Cap. II, nota 64).

[15] Cfr. Robb e Brookes, *An outline*, cit., p. 244, i quali, facendo l'ipotesi in cui il danneggiante abbia agito « malevolently or fragantly and thereby caused greater hurt to the plaintiff's feelings or reputation », osservano appunto che « such an award may be called *aggravated* damages but it is important to perceive that the damages are merely *compensating* for (greater) loss: they are not going beyond the loss and punishing as exemplary damages do ». In senso analogo, Fleming, *An introduction*, cit., p. 200. Si veda, d'altro canto, Savatier, *Du droit civil*, cit., p. 128; e già Sourdat, *Traité*, I, cit., p. 418 (« Du reste, en général, quand il y a dol, fraude et en un mot une intention perverse manifestée d'une manière quelconque, et que l'on peut, en conséquence, saisir et apprécier, il y a dommage, et par suite délit civil constitué à la charge de celui qui en est l'auteur »).

Va condivisa, a parer nostro, la tesi della risarcibilità dell'interesse d'affezione (per la quale Venzi, *Note* a Pacifici Mazzoni, Istituzioni, IV, 1, cit., p. 369; Demogue, *Traité des obligations*, 1, IV, cit., p. 49 ss.; recentemente, Miccio, *Dei singoli contratti*, cit., p. 834; De Cupis, *Il danno*, I, cit., pp. 319-320), anche se occorre riconoscere che questa risarcibilità non può essere indiscriminata (cfr. la precisazione di Ravazzoni, *La riparazione*, cit., p. 192 ss.; oppure Dejean De La Batie, *Appréciation in abstracto*, cit., p. 288; e già Chironi, *Colpa extracontrattuale*, II, cit., p. 336; per la Germania soprattutto O. C. Fischer, *Die Verletzung des Gläubigerrecths*, cit., p. 152; Krückmann, *Verschuldensaufrechnung*, cit., p. 166; Höhn, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p 29; Neuner, *Interesse und Vermögensschaden*, cit., p. 307; Rabel, *Das Recht des Warenkaufs*, I, cit., pp. 497-498; Neumann, *Der Zivilrechtsschaden*, cit., p. 300 ss.; Baur, *Entwicklung und Reform*, cit., p. 32 ss.;

Sembra corretto, allora, che si opti per la forma più aperta di lettura [16], riconducendo tutti questi esiti ad un principio comune ed unitario [17].

---

ed ora Fikentscher, *Schuldrecht*, cit., p. 280; Staudinger-Werner, *op. cit.*, p. 119 ss.; Mertens, *Der Begriff des Vermögensschadens*, cit., p. 165 ss.; per la Svizzera, v. Tuhr. *Partie générale*, I, cit., p. 99 ss.). Qui, ad ogni modo, poco importa stabilire se tale interesse rilevi sempre sotto il profilo del danno non patrimoniale, o se non debbano prevalere altre qualificazioni: osserveremo soltanto esser questo un terreno in cui non soltanto la risarcibilità dovrà venire limitata frequentemente al caso di dolo (in tal senso Funk, *Handkommentar*, cit., p. 42, che fa poi gli esempi dell'avvelenamento intenzionale di un cane e della distruzione deliberata di una lettera o di una fotografia), ma nel quale l'ammontare del risarcimento sarà comunque spesso maggiorabile in funzione del grado di colpa (Seng, *Vergütung nichtökonomischen Schadens*, cit., p. 363; Kohler, *Die Ideale im Recht*, cit., p. 256; Zeiller, *op. cit.*, III, 2, p. 303; Nippel, *op. cit.*, VIII, 1, p. 211; Winiwarter, *op. cit.*, IV, p. 637; Basevi, *op. cit.*, pp. 645-646; Krainz, *System*, II, cit., p. 377; Stubenrauch, *Commentar*, II, cit., p. 690; Hasenöhrl, *op. cit.*, II, p. 154; Gabba, *Nuove questioni*, I, 2, cit., p. 218; Otto v. Gierke, *Der Entwurf eines BGB*, cit., p. 266; Demogue, *op. ult. cit.*, p. 117; K. Wolff, *Grundriss*, cit., p. 126; Barassi, *La teoria generale*, II, cit., pp. 543-544), talvolta proprio perché, dinanzi al dolo, più intenso sarà stato il danno che la vittima risente (mette in luce il regresso che il BGB ha compiuto, rispetto al diritto comune, con l'ammettere un regolamento per cui « handelt es sich um Sachbeschädigung, so kann nicht einmal dem böswilligen Täter eine Ersatzleistung wegen verletzter idealer Interessen auferlegt werden », Otto v. Gierke, *Schuldrecht*, cit., p. 84; considerazioni analoghe, nell'auspicio di una riforma, in Stoll-Felgentraeger, *Vertrag und Unrecht*, cit., p. 239; in precedenza, Arndts, *Pandette*, I, cit., p. 249; di nuovo Kohler, *Schuldrecht*, II, 1, cit., p. 124; v. Tuhr, *Recensione* a Fischer, Der Schaden, cit., p. 67, nota 1; Krückmann, *Einführung in das Recht*, Tübingen, 1912, p. 54; successivamente Hedemann, *Schuldrecht*, cit., p. 346; da ultimo, Eike Schmidt, *Grundlagen*, cit., p. 578).

[16] Proprio tenendo conto della disciplina sul concorso di colpa, osserva Hermann Lange, *Begrenzung der Haftung*, cit., p. 34, « man könnte sogar eine Inkongruenz darin erblicken, die Schwere des Verschuldens des Ersatzpflichtigen zwar gegenüber dem Verschulden des Verletzten und neuerdings auch gegenüber einer den Verletzten treffen Gefährdungshaftung zu berücksichtigen, im übrigen aber die Schwere des Verschuldens für den Inhalt der Ersatzpflicht für völlig irrilevant zu erklären »; e, d'altra parte, se si pensa al trattamento che la legge ha riservato al possessore convenuto dal proprietario, è significativo rilevare che « weder von den Verfassern des BGB, denen diese Unterscheidung angesichts ihrer gefestigen Stellung in der romanistischen Lehre eine Selbstverständlichkeit waren, noch später ist je behauptet worden, dass das Gesetz hierbei in unzulässiger Weise strafrechtlich-moralisierende Gesichtspunkte für den zivilen Interessenausgleich berücksichtige ».

[17] Di un « principio generale », con riferimento al dolo, parlava esplici-

Né, in senso opposto, varrebbe rilevare che la presenza dell'*animus nocendi* può rimanere anche del tutto indifferente sopra il *quantum* risarcibile alla vittima; indubbiamente, un ristoro integrale può competere a molti pregiudizi già in caso di colpa, com'è possibile che alcune voci dannose, pur dinanzi a una condotta intenzionale, debbano restare escluse dalla riparazione: ma ciò vieta soltanto di formulare la regola in termine di assolutezza, o sottolinea l'esigenza di circoscriverne la portata, senza poterne ostacolare il riconoscimento.

Si può ammettere semmai che tale conclusione, a differenza di quanto accadrebbe sull'altro fianco della responsabilità, non porti qui a risultati pratici di grande rilievo: circoscritti in partenza, i capitoli su cui il dolo può incidere non sembrano destinati a variazioni a seconda dell'assetto che prevalga. Occorre però insieme ricordare che non esiste qui un dogma generale, intitolato alla colpa, rispetto al quale i dati esaminati dovrebbero atteggiarsi come anomali: se non per ciò che annuncia e che consente, il più organico prospetto sopra accolto appare dunque egualmente necessario [18].

2. Anche sul fianco dell'*an respondeatur,* ove si guardi al dilemma in generale, la risposta non parrebbe così incerta: sono ormai noti i motivi di giustizia che invitano a elevare la repressione del dolo a principio unitario del torto; né si può dire che i rilievi dottrinali, volti a difendere la sufficienza della colpa, impedirebbero siffatta conclusione.

Ciò vale, in primo luogo, per il consueto ammonimento a tener conto, in ogni scelta riguardante la responsabilità, delle esigenze di tutela dell'offeso: esso non può rappresentare un grave scoglio, dal momento che proprio a quel motivo è ispirata la rilevanza dell'*animus nocendi,* nei vari casi sopra inventariati; e di questi ultimi la regola in esame è innanzi tutto un recupero sintetico, erede dunque dello stesso fondamento.

S'intende poi che ogni futura applicazione dovrebbe avere orien-

tamente COPPA-ZUCCARI, *La « compensazione delle colpe »,* cit., p. 242. E cfr. HECK, *Grundriss,* cit., p. 55. Significativa anche l'impostazione di TRIMARCHI, *Illecito,* cit., p. 109.

[18] Sul collegamento tra graduazione del risarcimento in rapporto al grado di colpevolezza, e funzione preventiva della responsabilità, STARCK, *Essai,* cit., p. 356 ss.; Glanville WILLIAMS, *The aims of the law of torts,* in *Current legal problems,* 1951, p. 137 ss. E cfr. *infra,* Cap. XI, n. 10.

tamenti non diversi: con un aumento, cioè, degli illeciti di dolo a tutte spese del territorio dell'irresponsabilità, non già dell'area signoreggiata dalla colpa [19] — a parte i rari casi in cui il progresso sia dato proprio dallo scambio opposto [20].

Neppure è esatto che colpendo la malizia ci si muova sulle linee della pena, e cioè su un dato ormai così distante, rispetto ai compiti dell'istituto aquiliano, da doversi considerare eccezionale ogni ipotesi che ad esso si riporti: l'attenzione per i moventi dell'autore resta infatti pur sempre strumentale alla reintegrazione di chi ha subito il danno, non già al castigo di chi l'ha provocato. Potrà esser vero che la concessione dell'immunità alla negligenza diminuisce, talvolta sin

[19] In quest'area, come anche in quella amministrata dal rischio e dagli altri criteri oggettivi, il ruolo da attribuire al dolo — se si trascurano i riflessi sul *quantum respondeatur* — dovrà cioè intendersi ristretto all'individuazione della possibilità di un ricorso contro il danneggiante in aggiunta all'azione di cui la vittima già dispone nei confronti di un organismo collettivo, oppure dell'ammissibilità di un'azione di regresso dell'organismo stesso, che abbia corrisposto l'indennizzo alla vittima, nei confronti dell'autore malizioso della lesione (cfr. VINEY, *Le déclin,* cit., p. 311).

[20] Così, come s'è accennato, per la seduzione, dov'è lecito prevedere che il pendolo finirà davvero per *swing back again,* ma passando questa volta dal periodo *unmoral* al periodo *moral,* sino a completare il cammino all'indietro nella parabola con un ritorno più o meno definitivo all'irresponsabilità (*retro,* Cap. II, nota 31; si vedano pure BUTERA, *Commentario,* cit., *sub* art. 2043, p. 562; VENZI, *Note* a Pacifici-Mazzoni, Istituzioni, IV, 1, cit., p. 363; VENEZIAN, *Danno e risarcimento,* cit., p. 327; nonché SOURDAT, *Traité,* I, cit., p. 620 ss., le cui considerazioni, spogliate di qualche nota pittoresca — « N'est-ce pas outrer la séverité que de rejeter inévitablement dans l'abîme de la misère et de la honte celle qu'un habile roué, un égoïste et froid calculateur aura fait tomber dans ses piéges et qu'il abandonne sans regret pour passer à l'objet d'un nouveau caprice? » — possono ritenersi nel complesso tornate attuali e pertinenti; non val forse la pena di esprimere commenti su quell'orientamento giurisprudenziale volto tutt'oggi ad attribuire rilevanza — tra i vari interessi in relazione ai quali la sedotta può chiedere il risarcimento — anche a quello consistente nella possibilità di contrarre un matrimonio economicamente vantaggioso).

Che l'approdo alla responsabilità sia talvolta reversibile — sotto il profilo di una maggiore indulgenza per l'autore, se non anche di una ritrovata immunità — è abbastanza facile vedere ove si pensi al caso in cui venisse oggi commesso adulterio (danni non patrimoniali), rubata droga pesante a un non medico, sottratta una cintura di castità, distrutto un documento araldico, l'arma bellica nascosta da un privato, il distintivo di un partito anticostituzionale (valore affettivo), introdotta qualche forma di compressione limitata della proprietà. Per qualche rilievo, SEAVEY, *Cogitations on torts,* cit., p 15.

quasi a cancellare, la funzione preventiva della responsabilità [21], ma neanche questo appare decisivo, ove si guardi al genere di attività che ricadono nell'ambito controllato dal dolo: si tratta per lo più di attività che un dovere troppo severo di cautela finirebbe probabilmente per mortificare [22], data la loro complessità o delicatezza, e che esigenze di carattere sociale richiedono siano invece esercitate [23]; l'eventualità del danno per i terzi diventa così un prezzo inferiore

---

[21] V. comunque *infra,* Cap. XI, n. 10.

[22] « Il chirurgo si dovrebbe astenere da quelle coraggiose operazioni che spesso portano rimedio a casi che paiono disperati, per timore che un elemento inavvertito dello stato morboso ne impedisca o ne perverta l'effetto; quante volte, al giudizio dei suoi colleghi, il successo soltanto lo avrebbe giustificato! L'avvocato che spera di trar partito da un'interpretazione incerta della procedura, si dovrebbe condannare all'inazione, per paura di non riuscire; l'ingegnere, piuttosto che esporsi a veder dimostrato insufficiente quello che crede necessario, esubererebbe nelle spese ,superflue » (VENEZIAN, *Danno e risarcimento,* cit., p. 117). Considerazioni analoghe in BONASI BENUCCI, *La responsabilità civile,* cit., p. 213. V. anche FERRINI, *Delitti e quasi-delitti,* cit., p. 794, il quale giustifica la limitazione della responsabilità del terzo possessore dell'immobile ipotecato in base al rilievo che « una maggiore responsabilità renderebbe incerto, inutile, impacciato e perciò economicamente poco proficuo l'uso del diritto ».

L'argomento della libertà di manovra altrimenti compromessa è frequentissimo per giustificare l'insufficienza della colpa nel campo delle lesioni del credito da parte di terzi: cfr. già *retro,* Cap. IV nota 46, Cap. V nota 53, Cap. VIII nota 23, cui *adde* ATIYAH, *Negligence and economic loss,* cit., p. 248 ss.; WEDDERBURN, in CLERK e LINDSELL, *On torts,* cit., p. 380; e, più ampiamente, *infra,* Cap. XI, nota 73. Un'eccellente analisi delle svariate posizioni normalmente difendibili soltanto contro l'altrui dolo, si ha in LEONHARD, *Besonderes Schuldrecht,* cit., p. 541 ss., il quale, pur muovendosi sul terreno positivo, arricchisce il proprio discorso con alcune considerazioni di opportunità politica il cui interesse è notevole anche per il nostro sistema.

[23] In tal senso, per quanto concerne la responsabilità del professionista nell'ipotesi di cui all'art. 2236, la *Relazione al Re,* cit., n. 917; oppure FORCHIELLI, *Responsabilità civile,* III, cit., p. 94, il quale spiega perché lo stesso criterio debba valere nei confronti del soccorritore in caso di urgenza. Analogamente, per qualche ipotesi diversa, STUBENRAUCH, *Commentar,* II, cit., p. 689, nota 3; WALTON, *Motive as an element in torts,* cit., p. 21. Con particolare riguardo al trattamento di favore riservato a certi funzionari pubblici, JENNINGS, *Tort liability of administrative officers,* cit., p. 363 ss.; JAMES, *Tort liability of governmental units and their officers,* in *Chi. law rev.,* 1955, p. 610 ss.; GRAY, *Private wrongs of public servants,* in *Cal. law rev.,* 1959, p. 303 ss.; PROSSER, *Handbook,* cit., p. 1016. In generale, ancora, SEAVEY, *Cogitations on torts,* cit., p. 44; GREEN, *Foreseeability in negligence law,* cit., p. 1418; CIAN, *Lata culpa dolo aequiparatur,* cit., p. 174; FLEMING,

rispetto al rischio della loro possibile cessazione [24], e per la gran parte di esse vi è inoltre la certezza che una serie di fattori, non giuridici, valgono comunque a garantire un comportamento coscienzioso dell'agente [25].

An introduction, cit., p. 69 (« ... Communication is so essential and constant in social intercourse, whether on private or business occasions, that wide tolerance is necessary in the interests of freedom of speech »), p. 194 (in relazione al « benefit of reasonable mistake » che copre i poliziotti in materia di *false imprisonment,* e in generale per il *tort* di *prosecution*), p. 222 ss. (sciopero, e lesione di un interesse puramente economico); FLETCHER, *Fairness and utility,* cit., p. 542.

[24] A proposito della responsabilità processuale, e per difendere la necessità del limite della malafede, scriveva ad esempio VENEZIAN, *Danno e risarcimento,* cit., pp. 211-212: « Quante volte, nell'intralciamento e nel cozzo di torto e di diritto, l'individuo, la cui sfera giuridica fosse invasa da un'attività estranea, dubitando che i giudici abbiano a riconoscere il suo diritto, esiterebbe ad esporsi alle incerte sorti di una lite, che potrebbe aver per conseguenza un grave obbligo di risarcimento! E quante volte chi fosse turbato da un'azione giudiziale nell'esercizio legittimo del suo diritto, piuttosto che correre il rischio d'esserne privato a forza, e condannato al risarcimento per giunta, cederebbe alla violenza o verrebbe a patti con essa! ». E si vedano, in un ordine di idee pressoché uguale, v. BÜREN, *Schweizerisches Obligationenrecht,* cit., pp. 262-263; WRIGHT, *Cases on the law of torts,* cit., p. 1094; TRIMARCHI, *Illecito,* cit., p. 101.

Nel senso del testo, ancora, POLLOCK, *The law of torts,* cit., p. 24 (« For certain purposes and in certain occasions... a somewhat extensive liberty of interference with individual rights and convenience is deliberately allowed in the public interest »); o, più recentemente, BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung,* cit., p. 19, nota 40 (« Die Grenze zwischen Praeventions- und Freiheitbedürfnis kann nur durch Herausarbeitung der konkreten Haftungsgründe gezogen werden »).

[25] TRIMARCHI, *Illecito* cit., p. 102; più genericamente, PACCHIONI, *Dei delitti e quasi-delitti,* cit., p. 175; oppure EÖRSI, *Correlation between liability and insurance,* nel volume collettaneo *Droit hongrois-Droit comparé,* Budapest, 1970, p. 95. La garanzia può essere offerta, ad esempio, dal carattere di serietà e avvedutezza che è normalmente presente nei soggetti che occupano una determinata posizione; oppure, come per la responsabilità processuale, dal fatto che una iniziativa o una resistenza imprudente esporrebbe in ogni modo il soggetto a conseguenze economiche negative (in questo caso, le spese: cfr. MAASDORP, *Delicts,* cit., p. 91).

Non è poi secondaria la considerazione che in molte ipotesi la vittima potenziale, se appena è un poco accorta e diligente, può facilmente evitare il danno: così, in particolare, nel campo delle false informazioni, dove il limite del dolo è giustificabile anche attraverso il rilievo che « to regard the issue of a certificate, an opinion, or a report as carrying the same duty of care as the delivery of a defective chattel would be introduce a most disturbing factor

Quanto all'altra obiezione ricorrente — circa l'obbligo che il dolo sia accertato, nel corso del processo, e gli incerti cui l'impresa mette innanzi — non ci pare che, una volta ben vagliata, essa possa seriamente impensierire [26]; anche senza un richiamo a tutti i casi in cui, fuori dell'illecito civile, un soggetto è tenuto a dar la prova dei propositi o dell'*animus* di un altro [27], basterebbe l'invito a rammentare quali sono i punti messi a paragone: nessun dubbio, difatti, che alla vittima converrà essere gravata di quest'onere — con quel tanto

---

into the mutual intercourse of society » (Charlesworth, *On negligence*, cit., p. 21). Su questa figura, ancora, Larenz, *Vertrag und Unrecht*, II, cit., p. 34; Swoboda, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 90 (« Es ginge aber zu weit, jeden solchen Ratgeber dafür verantwortlichen zu machen, weil sich dann jedermann scheuen würde Ratschläge und Auskünfte zu erteilen »). Tra i contributi più antichi, Pfaff, *Zur Lehre von Schadenersatz*, cit., p. 39, nota 117; Mayr, *Lehrbuch*, I, cit., p. 268; Leonhard, *Besonderes Schuldrecht*, cit., p. 545. Fra quelli più vicini, Prosser, *Injurious falsehood: the basis of liability*, cit., p. 438; v. Caemmerer, *Wandlungen*, cit., pp. 527-528. E comunque, *infra*, Cap. XI, nota 76.

[26] « The state of a man's mind is as much a fact as the state of his digestion. It is true that it is very difficult to prove what the state of a man's mind at a particular time is, but if it can be ascertained it is as much a fact as anything else » (così Bowen, in *Edginton* v. *Fitzmaurice*, 1885, citato da Armitage, in Clerk e Lindsell, *On torts*, cit., p. 904). Ciò non è affatto in contrasto con il riconoscimento che « *die Gesinnung allein ist nicht Gegenstand rechtlicher Würdigung* », e che « eine objektiv erlaubte oder sogar gebotene Handlung kann niemals durch eine bloss innerlich gebliebene Absicht unerlaubt werden » (Horn, *Untersuchungen*, cit., p. 91, corsivo dell'autore).

[27] Assai realistici i rilievi di Ripert, *La règle morale*, cit., p. 288 ss., per il quale « c'est chimère que de vouloir créer un droit civil purement objectif et de juger les faits sans s'occuper des intentions » (*ivi*, p. 167). Analogamente, M. Rotondi, *L'abuso del diritto*, cit., p. 452; Breton, *Des effets civils de la bonne foi*, in *Rev. crit. législ. jurispr.*, 1926, p. 109; Sayre, *Inducing breach of contract*, cit., pp. 678-679; Gorphe, *Le principe*, cit., p. 243. Con particolare ampiezza, Josserand, *Cours*, II, cit., p. 232; Id., *De l'esprit des droits*, cit., p. 351, il quale, al termine di una dettagliata rassegna, conclude che la critica in questione « dépasse le but poursuivi puisqu'elle tend, sans que ceux qui la formulent s'en rendent toujours clairement compte, à la destruction des fondements millénaires de notre droit, à la condamnation de directives cardinales sans l'observation desquelles une société ne pourrait vivre: quoi qu'on fasse, le juge a pour mission de scruter les volontés et de sonder le coeurs; en tous pays, à toute époque le plus large crédit lui est ouvert à cet effet par le législateur et par l'opinion publique; à la fois maître souverain du fait et interprète de la loi, le champ des intentions des parties comme celui de nos institutions lui sont ouverts, et c'est en toute liberté qu'il les explore ».

di speranza ch'esso importa — piuttosto che trovarsi in uno stato in cui neppur la dimostrazione della malafede dell'agente possa giovarle ai fini del risarcimento.

D'altro canto, l'asprezza della prova, se non può essere ignorata o sminuita, non va neanche esagerata sino a credere che il mezzo per poterla offrire al giudice sia la sola confessione dell'autore [28]: pur se è un tratto del mondo dello spirito, e privo di una forma vera e propria, l'intento di causare pregiudizio non è certo senza modi per esprimersi e per farsi riconoscere dagli altri [29]; e ciò a maggior ragione quando il danno, come accade nelle specie qui in esame, non rimanga nella sfera dei propositi, ma sia stato davvero cagionato [30].

---

[28] Ciò che teme, ad esempio, Marteau, *De la notion*, cit., p. 105. Ma cfr. Esser, *Schuldrecht*, I, cit., pp. 240-241.

[29] Si vedano, per le ipotesi di esercizio malizioso del diritto, le precisazioni di Rodière, *La responsabilité civile*, cit., p. 76 (assai interessante anche il commento di alcune non lontane pronunce della giurisprudenza, *ivi*, p. 316); e soprattutto i chiarimenti di Ripert, *La règle morale*, cit., p. 168 ss. Ma già diffusamente, Crome, *System*, I, cit., p. 531; Saleilles, *De l'abus de droit*, cit., pp. 348-349; Walton, *Motive as an element in torts*, cit., p. 501; Charmont, *L'abus du droit*, cit., p. 123; M. Rotondi, *op. ult. cit.*, p. 452; Gaudemet, *Théorie générale*, cit., p. 319; Demogue, *Traité*, 1, IV, cit., p. 371 e specialmente p. 377. In seguito, P. Esmein, in Planiol-Ripert, *Obligations*, 1, cit., p. 801; Soergel-Siebert, *Bürgerliches Gesetzbuch*, I, cit., p. 543; Fridman, *Motive*, cit., p. 594; Planiol-Ripert-Boulanger, *Traité*, II, cit., p. 364. Da ultimo, Trib. Pau, 15 février 1973, in *Sem. jur.*, 1973, *J*, n. 17584.

[30] Cfr. anche Holmes, *Privilege, malice and intent*, cit., p. 1; Coppa-Zuccari, *La « compensazione delle colpe »*, cit., p. 148; Gorphe, *Le principe*, cit., p. 24; Verga, *Errore e responsabilità*, cit., pp. 117-118, nota 1; Giusiana, *Il concetto*, cit., pp. 190-193; Starck, *Essai*, cit., p. 197; Sacco, *La buona fede*, cit., p. 27; Santini, *La vendita a prezzo imposto*, cit., p. 1090, nota 129; Keeton, *Trespass, nuisance, and strict liability*, in *Col. law rev.*, 1959, p. 457 ss., 473; Hart e Honoré, *Causation in the law*, cit., p. 374; Maiorca, *Colpa civile*, cit., p. 567; Devoto, *L'imputabilità*, cit., p. 136; Soergel (-Knopp), *op. cit.*, § 826, Bem. 56; Staudinger (-Werner), *op. cit.*, p. 309 (« Zum Nachweis des Vorsatzes genügt daher praktisch tatsächlich der Nachweis der zu vertretenden Umstände »); Penneau, *op. cit.*, p. 140; Street, *The law of torts*, cit., p. 339 (« If the defendant does an act the substantially certain consequence of wich is to bring about a breach of a contract of which he is aware, then will be presumed to have intended it, and be held liable unless the presumption is rebutted »: così già Lord Bowen nel citato *Mogul S. S. Co.* v. *Mc Gregor, Gow & Co.*, 1889, ora in Millner, *Negligence in modern law*, cit., p. 173).

Più gravoso può apparire l'onere probatorio allorquando la rilevanza del dolo si esplica sul terreno causale, attraverso il collegamento che l'*animus*

Perché l'onere possa dirsi soddisfatto, nella grande maggioranza dei casi, basterà risulti dunque l'esistenza di quei fatti esteriori che le regole di esperienza — maturate sul terreno dell'*id quod plerum-*

---

nocendi istituisce fra la condotta dell'autore e un evento dovuto anche al concorso di circostanze anomale: si tratta qui infatti di provare che il convenuto aveva previsto lo sviluppo della situazione, e talvolta addirittura che a quella previsione si era accompagnato il desiderio circa lo svolgersi degli eventi in senso sfavorevole alla vittima. Nel caso in cui, a regolare l'imputazione, sia invece il rilievo che il rischio creato da quell'azione dolosa non merita tutela o incoraggiamenti, la posizione dell'attore è tuttavia semplificata: dal momento che l'evento, sotto il profilo causale, è qui comunque riferibile alla condotta, non vi sarà bisogno di dimostrare che il suo realizzarsi abbia formato oggetto di un atto specifico di volontà.

Quanto al danno, è ben noto che esso non fa parte degli elementi che debbono essere stati voluti o anche soltanto previsti (DERNBURG, *Das bürgerliche Recht,* II, 1, cit., p. 75; KUHLENBECK, *Das bürgerliche Gesetzbuch,* I, cit., p. 190; CROME, *Teorie fondamentali,* cit., p. 100; MAYR, *Lehrbuch,* I, cit., p. 265, nota 15; v. LISZT, *Deliktsobligationen,* cit., p. 28 ss. e p. 43; STUBENRAUCH, *Commentar,* II, cit., p. 645; OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 1075; v. BONNOT, *Grundriss des Obligationenrechts,* cit., p. 30; O. C. FISCHER, *Die Verletzung,* cit., p. 154; BIERMANN, *Bürgerliches Recht,* cit., p. 333; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Lehrbuch,* I, 2, cit., p. 35; Otto v. GIERKE, *Schuldrecht,* cit., p. 78 nota 64, e p. 898 nota 59; SALEILLES, *L'obligation,* cit., p. 374; STAFFEL, *Zur Fortbildung der Lehre von der adäquaten Verursachung,* in *Gruchot Beiträge,* 1921, p. 418 ss., 424; SCRIBANO, *Trattato della malafede,* cit., p. 380; DEMOGUE, *Traité,* 1, III, cit., p. 409; RABUT, *De la notion de faute en droit privé,* Paris, 1949, n. 70; TITZE, *Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 211; GERNHUBER, *Die Haftung für Hilfspersonen innerhalb des mitwirkenden Verschuldens,* in *Arch. civ. Prax.,* 1952-53, p. 69 ss., 81, nota 26; GRECO, *Se un'associazione calcistica,* cit., p. 425; DELYANNIS, *La notion d'acte illicite,* cit., p. 260; P. ESMEIN, *Trois problèmes,* cit., p. 326; ID., in AUBRY e RAU, *op. cit.,* VI, p. 432 e p. 436; ID., in PLANIOL-RIPERT, *op. cit.,* VI, 1, p. 704; BYDLINSKI, *Mittäterschaft im Schadensrecht,* cit., p. 428; DEUTSCH, *Privilegierte Haftung,* cit., p. 707; ID., *Das Verhältnis von Mittäterschaft,* cit., p. 107; Hans STOLL, « *The Wagon Mound* », cit., p. 393; GHESTIN, *La faute intentionnelle,* cit., p. 32; ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 68 e p. 891), pur se proprio qui si è sostenuto che il dolo non possa restare indifferente nella destinazione di alcune voci del pregiudizio, come il danno emergente incerto e il lucro cessante: ma anche per esse occorre tener fermo che un risultato vantaggioso per il danneggiato è spesso possibile già sulla base del meccanismo sanzionatorio, senza cioè necessità di una prova del dolo ulteriore a quella concernente la volontà dell'evento. Tale necessità ritornerà a farsi viva soltanto ove l'attore aspiri ad ottenere il risarcimento per un danno emergente od un lucro cessante *eccezionali,* o in qualche altra ipotesi sofisticata: ma, di nuovo, non si può dire che, ove la prova del dolo dovesse fallire, la conclusione del giudizio

que accidit, e rafforzate, nella loro attendibilità, dal rilievo della tipicità dei più frequenti comportamenti lesivi [31] — insegnano essere normalmente inseparabili dall'intenzione [32]: senza che si possa par-

---

sia più sfavorevole di quanto non accadrebbe dichiarando in partenza tali capitoli insuscettibili a qualunque titolo di risarcimento.

[31] Ciò potrà anzi diventare, come può intuirsi facilmente, un motivo di politica del diritto: così, per TRIMARCHI, *Illecito,* cit., p. 103, il fatto che il rifiuto a contrarre sia lecito se attuato singolarmente, e costituisca invece boicottaggio quando viene realizzato di concerto, dipende anche dalla considerazione che in questo secondo caso il dolo è « più facilmente e sicuramente accertabile ». Rilievi analoghi in O'SULLIVAN, *Abuse of rights,* cit., p. 72; ma si vedano anche FREUND, *Malice and unlawful interference,* cit., p. 457; HALE, *Prima facie torts,* cit., p. 197; WALTON, *La responsabilité délictuelle,* cit., pp. 63-64; v. BÜREN, *Schweizerisches Obligationenrecht,* cit., p. 263; RESCIGNO, *L'abuso del diritto,* cit., p. 289; STREET, *The law of torts,* cit., p. 349. Sulla tipizzazione del dolo, importante anche ai fini della prova, ESSER, *Schuldrecht,* I, cit., p. 243; GEILEN, *Strafrechtliches Verschulden,* cit., p. 8 ss.; oppure, SOERGEL (-Reimer SCHMIDT), *Kommentar,* II, cit., § 276, Bem. 2, p. 273; SOERGEL (-ZEUNER), *ivi,* III, cit., § 823, Bem. 362, p. 964. Con particolare riferimento all'*animus iniuriandi* — e sottolineando appunto la sua immediata desumibilità da una serie di indici esteriori — Mc CORMICK, *Law of damages,* cit., p. 436; HARPER e JAMES, *Law of torts,* cit., p. 452; SCHMIDT-DAHLENBURG, *Der zivilrechtliche Ehrenschutz,* cit., p. 100; SAMUELS, *Problems of assessing damages for defamation,* cit., p. 72; HEUSTON, in SALMOND, *Law of torts,* cit., p. 366; COLYER, *A modern view,* cit., p. 141; *Note,* in *Virg. law rev.,* 1959, p. 783; ARMITAGE, in CLERK e LINDSELL, *On torts,* cit., p. 1027 ss. Per qualche altro singolo profilo, MAASDORP, *Delicts,* cit., p. 89; LUPOI, *Il dolo,* cit., p. 498; Mc GREGOR, *On damages,* cit., p. 873; BESSONE, *Rapporto precontrattuale,* cit., p. 1025, nota 154; DEJEAN De La BATIE, *Appréciation in abstracto,* cit., p. 56. In generale POLLOCK, *The law of torts,* cit., p. 33 ss.; SCRIBANO, *Trattato della malafede,* cit., p. 443; ancora Mc CORMICK, *op. cit.,* p. 280; RUBINO, *La fattispecie,* cit., p. 45; DELYANNIS, *La notion,* cit., p. 51 e p. 122, nota 15; BARASSI, *La teoria generale,* cit., II, p. 567; BIANCA, *Dell'inadempimento,* cit., p. 312; SOERGEL (-KNOPP), *Kommentar,* cit., § 826, Bem. 46.

[32] Cfr. JENKS, *Digeste,* cit., art. 983, p. 339; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto,* cit., p. 452; DABIN, *Le droit subjectif,* cit., p. 298 (« ... la ' manière ' ne sera que l'indice de la ' mauvaise volonté ', l' ' insuffisance technique ' trahira l'immoralité de l' ' intention ' ... »); P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *Droit civil français,* VI, cit., p. 432; CARBONNIER, *Obligations,* cit., p. 370; MARTY-RAYNAUD, *Droit civil,* II, cit., p. 415; SERNA, *Le refus de contracter,* Paris, 1967, p. 140; COLYER, *A modern view,* cit., p. 34 (« ... in a case in which the plaintiff must prove that the defendant was malicious in order to succeed, he must do so by producing evidence of acts or words which to a reasonable man would connote malice »).

È questa, del resto, anche la formula adottata dall'art. 833 cod. civ. dove

lare, per questo, di presunzione di dolo o di inversione dell'onere probatorio [33], dal momento che il giudice resta libero nell'apprezzamento degli elementi forniti dall'attore (e dei controindizi offerti eventualmente dal convenuto) [34].

---

riesce chiara la distinzione fra ciò che è elemento della fattispecie — intento di nuocere — e ciò che è mezzo di prova dello stesso — inutilità dell'atto dannoso per il proprietario —. La contrapposizione frontale tra sostenitori di una lettura oggettiva della norma (ad esempio BARASSI, *Proprietà e comproprietà,* Milano, 1951, p. 498 ss.; ALLARA, voce « *Atti emulativi* », cit., pp. 35-36; RODOTÀ, *Il problema,* cit., p. 100; COSTANTINO, *Profili* « *fondamentali* », cit., p. 414 ss.; TRIMARCHI, *Illecito,* cit., p. 99; SCALFI, *Lezioni di diritto privato, Parte speciale,* II, cit., p. 42; RUFFOLO, *Atti emulativi,* cit., p. 30), e fautori di un'interpretazione soggettiva (*retro,* Cap. II, nota 1) appare in questa luce esagerata. Né un'eventuale riserva di questi ultimi — sulla possibilità che, provata la mancanza di ogni utilità dell'atto, il proprietario riesca a dimostrare la propria innocenza — sarebbe tale da mantenere alla distinzione un significato pratico apprezzabile (si veda RIPERT, *La règle morale,* cit., p. 171, ove anche un'ampia rassegna di giurisprudenza; e inoltre CESAREO CONSOLO, *Risarcimento del danno,* cit., p. 25; GORPHE, *Le principe,* cit., p. 105; PACCHIONI, *Dei delitti e quasi-delitti,* cit., p. 138; SAVATIER, *Traité,* I, cit., p. 45; WINFIELD e JOLOWICZ, *On tort,* cit., p. 24).

[33] Benché in certi settori, come ad esempio nel campo della pubblicità menzognera, sia senz'altro « auspicabile un largo ricorso alla presunzione di dolo » (così, opportunamente, VISINTINI, *La reticenza,* cit., p. 285, nota 61). Cfr. pure BEDARRIDE, *Traité du dol et de la fraude,* cit., I, p. 79 ss.; e, recentemente, HENKEL, *Die « Praesumptio Doli » im Strafrecht,* in *Festschrift Eb. Schmidt,* Göttingen, 1961, p. 578 ss.; LORENZ, *Beweisprobleme bei der Produzentenhaftung,* in *Arch. civ. Praxis,* 1970, p. 367 ss., 376; WAIDER, *Die Bedeutung der praesumptio doli für die Strafrechtsentwicklung in Deutschland,* in *Jurist. Schul.,* 1972, p. 305 ss.; LARROUMET, *Note* a Ch. civ., 13 déc. 1972, in *Dalloz,* 1973, *Jurispr.,* p. 493 ss., 495; GHESTIN, *La faute intentionnelle,* cit., p. 36.

Per l'accenno a talune ipotesi in cui la giurisprudenza tedesca ha ritenuto che, provato il dolo, l'onere della prova circa gli altri elementi debba invertirsi, si veda invece BLOMEYER, *Die Umkehr der Beweislast,* cit., p. 101, testo e nota 25; e, in generale, CARBONNIER, *Obligations,* cit., p. 363.

[34] Così STUBENRAUCH, *Commentar,* II, cit., p. 652, nota 1; GORPHE, *Le principe,* cit., p. 25 ss.; MARKOVITCH, *La théorie,* cit., p. 133; DELYANNIS, *La notion,* cit., pp. 286-289; FUNAIOLI, voce « *Dolo* », cit., p. 474; VENDITTI, voce « *Dolo* », cit., p. 161; M. GALLO, voce « *Dolo* (*dir. pen.*) », in *Enc. del dir.,* cit., p. 802; GINOSSAR, *Liberté contractuelle,* cit., p. 26 ss.; SCOGNAMIGLIO, voce « *Responsabilità civile* », cit., p. 640.

L'inversione è comunque sensibile, in linea di fatto, in certi casi di clausola di esonero della responsabilità per il danno cagionato dagli ausiliari (per tutti, ASCARELLI, *Clausola di esonero da responsabilità del vettore marittimo ed inversione convenzionale dell'onere della prova,* in *Foro it.,* 1936, I,

3. Come si vede, nessun serio impedimento, da un punto di vista sostanziale, sulla via della lettura più estensiva, o almeno nulla che superi i vantaggi che l'adozione di questa ripromette.

S'intende tuttavia che, nell'*an respondeatur,* proprio per quanto la risposta mette in gioco, non basterà solo fugare diffidenze o richiamarsi a considerazioni di opportunità. Ancora, infatti, non è stato precisato in quali testi e a che livello positivo un principio di repressione della malafede debba situarsi nel nostro ordinamento. Più esattamente, resta da vedere se il tipo di sede disponibile, alla stregua dei dati del sistema, consenta di mantenere a quella regola i connotati di larghezza e generalità con cui essa si consiglia alla ragione.

Posto così il discorso, è sufficiente un breve giro d'orizzonte per constatare che la scelta è limitata, ristretta anzi ad una sola alternativa.

Non si può infatti pensare di far capo ad una norma come l'art. 185 cod. pen. [35], la quale è priva di effettiva autonomia rispetto alle disposizioni privatistiche [36], né riuscirebbe del resto ad abbracciare le non poche figure in esame che sono penalmente irrilevanti [37]. E inser-

---

c. 1010). Nel diritto inglese, in relazione al *Misrepresentation Act,* 1967, e alla posizione che esso tratteggia per l'*innocent misrepresentor,* FLEMING, *An introduction,* cit., p. 70, nota 3.

[35] Così invece, seppur con qualche incertezza sul carattere autonomo di questa norma, CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza,* cit., p. 147, nota 22. Di sfuggita, anche CESAREO CONSOLO, *Risarcimento del danno,* cit., p. 136. A quanto pare, FORCHIELLI, *Responsabilità civile,* III, cit., p. 37; LUTHER, *Einführung in das italienische Recht,* cit., p. 65. Più decisamente, M. GALLO, *Mancanza di querela e risarcimento dei danni morali,* in *Giur. it.,* 1948, I, 1, c. 503 ss., 506; SAMPIETRO, *Mancata esecuzione di delibera assembleare e responsabilità aquiliana dell'amministratore per i danni subiti dal singolo condomino, ivi,* 1974, I, 2, p. 16 dell'estratto.

[36] Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale,* cit., p. 304, testo e nota 73; PETROCELLI, *L'antigiuridicità,* cit., pp. 121-122 (che giudica inoltre la formulazione di questa norma come « una delle meno felici del vigente codice penale »). V. pure MAIORCA, *Colpa civile,* cit., p. 605; PACCHIONI, *L'art. 185 codice penale e il risarcimento dei danni morali arrecati con fatto illecito penale e civile,* in *Riv. it. dir. pen.,* 1931, p. 345 ss., e in *Dei delitti e quasi-delitti,* cit., p. 339 ss., 351; Salv. ROMANO, *Il trasporto di cortesia,* cit., pp. 497-498. Nello stesso senso, sostanzialmente, già ANTOLISEI, *L'offesa e il danno,* cit., p. 206 ss.; di recente LUPOI, *Il dolo,* cit., p. 592; implicitamente anche M. BARCELLONA, « *Scopo della norma violata* », cit., p. 351, nota 137.

[37] Lo riconosce naturalmente anche CIAN, *op. loc. cit.,* che propone perciò « di estendere ad altre branche dell'ordinamento il principio espresso dall'art. 185 c. p. ». È facile tuttavia obiettare che il danno prodotto da un comportamento vietato, poniamo, da una norma di diritto amministrativo, può

vibili sono pure quei testi del codice civile ove si pongono a carico dei soggetti doveri generali di correttezza, diligenza o buona fede — tutti criteri e realtà ben differenti dall'intenzione di causare danno ad altri [38].

O quel principio viene dunque mantenuto sul medesimo piano delle norme che sanzionano i singoli comportamenti intenzionali, e concepito quale mera risultante della loro addizione complessiva [39]. Oppure lo si innalza al maggior grado, all'interno cioè dell'art. 2043 cod. civ., sì da vedere nelle singole disposizioni tanti momenti introdotti dal legislatore per esprimere, non già per esaurire, il risalto dell'*animus nocendi* [40].

È subito evidente come la prima delle due sistemazioni, se non minaccia gravi difficoltà sul terreno esegetico o dimostrativo, sia anche quella che meno corrisponde ai motivi di fondo della scelta: voler ricorrere ad un termine più ampio, per poi comprendervi le

---

benissimo dover essere considerato irrilevante sotto il profilo della responsabilità aquiliana. In questo modo si continua d'altronde a supporre una completezza dell'ordinamento che è ben lungi dall'essere verificabile. Con questo, ovviamente, non negheremo che talvolta riesca decisiva proprio la traccia fornita da una disposizione extracivile. Ma come pensare che branche diverse dal diritto privato possano offrire *tutti* gli indici che esso per primo, secondo quest'interpretazione, non saprebbe assicurare all'interprete? D'altra parte, una norma come quella che Cian immagina non direbbe presumibilmente ancora nulla intorno al criterio di responsabilità applicabile: e non si vede, a prima vista, su che base l'interprete potrebbe decidere per l'insufficienza della colpa in un caso in cui ciò apparisse opportuno.

[38] Salv. ROMANO, voce « *Buona fede* », cit., p. 682; v. anche GALOPPINI, *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1965, p. 22 ss. dell'estratto, soprattutto p. 26, nota 67.

[39] In quest'ordine di idee, CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza,* cit., p. 146, nota 22.

[40] Per la correttezza di un simile processo di riconduzione, in generale, TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva,* cit., p. 8; ID., *Illecito,* cit., p. 93; oppure DEIANA, *La tutela del locatario,* cit., p. 18. Qualche accenno in KELSEN, *Hauptprobleme der Staatrechtslehre,* Tübingen, 1911, p. 238, nota 1; in termini ancor più espliciti, ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico,* cit., p. 239. La superficialità dell'opinione secondo cui, una volta considerate applicazioni e non eccezioni dell'art. 2043, le disposizioni particolari sulla responsabilità perderebbero ogni ragion d'essere, è messa poi bene in luce da CATTANEO, *La responsabilità del professionista,* cit., p. 160. Recentemente LUMINOSO, *La tutela aquiliana,* cit., p. 74 nota 32, e p. 102. E cfr. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln,* cit., p. 18 ss.

sole ipotesi testuali, non vale infatti a mutare la sostanza, che rimarrebbe sempre quella di una somma di deroghe al dogma dell'equivalenza; figure tutte insuscettibili di analogia, e aperte al massimo a un'interpretazione estensiva di cui la specificità dei vari articoli può già indicare i possibili confini.

Al momento forse ciò non peserebbe, ma in un ambito del torto come questo [41] ogni sfida calcolata sul presente sarebbe vana o persa già in partenza. La storia mostra quanti acquisti e mutamenti siano legati alla sanzione del dolo [42], e non v'è alcuna ragione per pensare

---

[41] Nel quale « between ethics and law... no sharp line has yet been drawn » (*retro,* Cap. IV, nota 49 e *infra,* Cap. XI, note 156-158), e in cui dunque « ... there is a large field not yet altogether covered by legal decisions » (Lord Sumner, in *Sorrel* v. *Smith,* 1925, citato da ARMITAGE, in CLERK e LINDSELL, *On torts,* cit., p. 39; v. anche Mc NIECE e THORNTON, *Affirmative duties,* cit., p. 1289).

[42] Anche senza un richiamo ai sistemi che possiedono un'apposita clausola sul dolo — esempi fin troppo ovvi per documentare l'affermazione del testo (ma per sintetico confronto rispetto al diritto comune, Otto v. GIERKE, *Schuldrecht,* cit., p. 958) — basterebbe osservare quante delle situazioni che VENEZIAN, *Danno e risarcimento,* cit., pp. 186-195 riporta come ipotesi di comportamenti in cui nemmeno l'*animus nocendi* poteva esporre l'autore ad un obbligo risarcitorio, siano state attirate e ormai integrate nell'area della responsabilità civile. Lo stesso può ripetersi con riferimento all'elenco di privilegi e immunità assolute che, per l'ambiente franco-belga, offriva un secolo fa LAURENT, *Principii,* XX, cit., § 321-322. Nella letteratura di *common law,* non è poi solo esplicito il rilievo che « evil motive may make comment, otherwise fair, actionable, or an untrue statement, not otherwise actionable, a good cause of action, or turn an act not otherwise a nuisance into a nuisance », ma non si prova alcun disagio a riconoscere che « the substantial growth of the law of torts for centuries past has been developed in this way » (ARMITAGE, *op. ult. cit.,* p. 11; oppure HOLMES, *Privilege, malice and intent,* cit., p. 1 ss.; COFFIN, *Fraud as an element of unfair competition,* in *Harv. law rev.,* 1902-03, p. 272 ss.; WALTON, *Motive as an element,* cit., p. 501 ss. e 515 ss.; POUND, *Interests of personality,* cit., p. 361; ID., *Equitable relief against defamation,* cit., p. 652 e p. 658 ss.; ID., *The problem of the exploding bottle,* in *Boston Univ. law rev.,* 1960, p. 167 ss., 184 ss.; HANBURY, *Industrial relations in crime and tort,* in *Curr. leg. probl.,* 1948, p. 126 ss., 133-139; ISAACS, *Fault and liability,* in *Harv. law rev.,* 1917-18, p. 954 ss., 973-974; più recentemente, SEAVEY, *Principles of tort,* cit., p. 95; ID., Candler *v.* Crane, Christmas & Co. - *Negligent misrepresentation by accountants,* cit., p. 467; FRIDMAN, *Malice in the law of torts,* cit., p. 496 ss.; volendo trovare altri esempi, si vedano, per il campo dell'*interference with reasonable economic expectancies,* i cenni di FLEMING, *An introduction,* cit., p. 217, nonché la ricostruzione di HARPER e JAMES, *The law of torts,* I, cit., p. 511 ss.; o si confronti, in materia di *infliction of mental distress,* non seguita da *illness or bodily harm,* la posizione che prendeva

che ormai le *chances* di quel criterio siano estinte. La responsabilità non copre certo, neppur oggi, l'intera superficie dei danni economici [43], i quali mostrano semmai di crescere più in fretta di quanto non aumenti nella pratica l'area del danno risarcibile [44]; né è verosimile si inaridisca nel futuro la spinta ad assistere con il mezzo aquiliano la reazione suscitata da alcune lesioni intenzionali [45].

Il rischio è serio dunque, almeno in prospettiva, ed è anche indubbio che a sventarlo può valere solo una scelta nell'altra direzione, ossia un approdo della regola in questione nell'ambito della clausola di responsabilità.

Verrebbe offerto così il mezzo per colpire, non appena i tempi fossero maturi, tutti quegli atti dannosi e volontari che — in quanto leciti, oppure sconosciuti, o perché magari ancora non commessi — non provocano attualmente l'insorgere dell'obbligo riparatorio: e per colpirli, è il caso di ripetere, anche oltre le ipotesi codificate, seppure è chiaro che alcuni pregiudizi resterebbero comunque irrisarcibili [46]; il calcolo che innanzi all'imprudenza non si sarebbe disposti a una condanna, per quel determinato fatto, non sarebbe però un valido motivo per rifiutarla quando vi sia il dolo.

---

quarant'anni fa il gruppo di Bohlen — *Restatement*, II, cit., § 300, comment *b*: « The interest in freedom from mental or emotional disturbance is not protected even against the most malevolent and intentional of invasions... » — con le risposte che avrebbero poi dato lo stesso *Restatement second*, e i più moderni fra gli interpreti citati *retro*, Cap. VIII, nota 23, ai quali va aggiunto MUNKMAN, *Damages for personal injuries and death*, cit., p. 25; e, per gli Stati Uniti, MALONEY, in *Virg. law rev.*, 1961, p. 1306; Note, *Compensatory damages in New England*, in *Boston Univ. law rev.*, 1961, p. 380 ss.; in generale MILLNER, *The retreat of trespass*, cit., p. 33; ID., *Growth and obsolescence*, cit., p. 261 ss.).

[43] BRANCA, *Profili storici*, cit., p. 43; P. S. JAMES, *Introduciton*, cit., p. 316.

[44] CARBONE, *Il fatto dannoso*, cit., p. 9.

[45] Cfr. i rilievi di P. HUGUENEY, *Responsabilité civile du tiers complice*, cit., p. 256; ma per taluni rilievi generali, già MIRAGLIA, *Filosofia del diritto*, 2ª ed., Napoli, 1893, p. 211; CARLE, *La vita del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale*, Torino, 1890, p. 513; e si vedano LOTMAR, *Der unmoralische Vertrag*, Leipzig, 1896, p. 114; STEINBACH, *Die Moral*, cit., p. 2 ss.; JACOBI, *Recht, Sitte und Sittlichkeit*, cit., p. 92; KOHLER, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, cit., p. 87. Successivamente, M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 451; DEMOGUE, *Traité des obligations*, 1, IV, cit., p. 375; L. FERRARA, *Il dovere giuridico di lealtà processuale*, cit., p. 21; *Restatement of torts*, I, cit., p. 4; HEUSTON, in SALMOND, *Law of torts*, cit., p. 30, nota 5; P. S. JAMES, *Introduction*, cit., p. 317.

[46] *Retro*, Cap. IV, note 25 e 26.

Pregio ulteriore, e non certo secondario, sarebbe inoltre quello di permettere una definitiva legittimazione delle figure affermatesi, per impulso della giurisprudenza, al di fuori di un'esplicita previsione legale [47]: eliminando una clandestinità che, nella prassi, ha originato sempre dispute e incertezze. Cadrebbe insieme ogni ragione per servirsi di strumenti e costruzioni di ripiego: basta pensare all'abuso del diritto, che nel riguardo esclusivo per l'azione, e nella stessa intonazione dell'illecito, non trova certo i termini più adatti per poter sciogliere questioni di danno [48] (e senza, in fondo, che lo sforzo dei fautori abbia mai spento le riserve dei suoi critici, sul fondamento dell'abuso nella legge: donde, fra l'altro, un puntuale riproporsi del principio di parità fra i due criteri [49]).

Certo, l'obbligo al risarcimento, nel testo dell'art. 2043 cod. civ., è previsto per l'autore di « qualunque fatto doloso o colposo » da cui sia derivato danno ad altri: e le speranze di successo di una lettura sembrerebbero tanto maggiori quanto più esiguo è lo spazio ch'essa accordi all'*animus nocendi*.

Qui, tuttavia, non si mira ad impugnare la prevalente verità del dogma dell'equivalenza, ma solamente a unificare i varchi che le sue attuali smentite hanno già aperto: l'obiettivo non è dunque così ambizioso, dato il numero e il valore di queste ultime, da doversi ritenere irraggiungibile. E ad ogni modo, su quel terreno positivo, dopo avere esibito i propri titoli, il dolo dovrà adesso misurarsi.

---

[47] Cfr., in generale, FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 28.

[48] Proprio perché « si abus de droit il y a, celui-ci reposera ailleurs que dans le résultat dommageable de l'action » (DABIN, *Le droit subjectif*, cit., p. 279). Cfr. anche i rilievi di CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, cit., p. 35. Sull'inconfondibilità fra le due prospettive dell'abuso e della responsabilità, SALEILLES, *De l'abus de droit*, cit., p. 340. *Contra*, CHARMONT, *Les transformations du droit civil*, cit., p. 238; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité*, I, cit., p. 635; oppure MILLNER, *Contrasts in contract and tort*, cit., p. 80. Si vedano però MARKOVITCH, *La théorie de l'abus des droits*, cit., p. 76; ampiamente RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., *passim*; e poi DOSSETTI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di abuso del diritto*, cit., c. 1580; DI PRISCO, *Concorso di colpa*, cit., p. 213, nota 17; COSMAS P. YOCAS, *Les troubles de voisinage*, Paris, 1966, p. 46 ss.

[49] V. infatti LAURENT, *Principii*, XX, cit., p. 328 ss.; HÉMARD, *Droit civil*, II, cit., p. 129; MARKOVITCH, *La théorie*, cit., p. 382 ss.; SERNA, *Le refus de contracter*, cit., p. 140; RODIÈRE, *La responsabilité civile*, cit., p. 71 ss.

4. Non sono poche le strade che si offrono all'interprete, per superare la difficoltà di quella lettera: ma non tutte sono in grado di aiutarlo, o promettono autentici progressi.

Inutile sperare, in primo luogo, che l'ostacolo smarrisca qualche peso, o cessi addirittura di esser tale, solo perché è una clausola generale a contenerlo [50] — ossia una norma per cui gli scrupoli esegetici sono di solito assenti o più attenuati. L'elasticità non è un canone ermeneutico, utilizzabile o meno secondo le occasioni, ma una qualità di una disposizione o delle sue parti, diversa magari per ciascuna di queste, comunque un risultato dell'interpretazione stessa. Anche ammesso che l'analisi delle clausole generali debba cioè svolgersi con criteri diversi rispetto a quelli seguiti per altri articoli di legge [51], occorrerà sapere se l'art. 2043 possieda davvero quelle caratteristiche, e se la colpevolezza è tra i fattori interessati, per concludere che quel metodo è senz'altro applicabile, e che il dolo può esser sciolto da ogni vincolo.

Inutile, quindi, ogni richiamo all'esempio di una dottrina sempre più ostile, com'è ormai la nostra, verso modelli troppo poco aperti [52] o gerarchie tra principi diversi [53]; di una dottrina che, in tanti campi

[50] Così, invece, dinanzi all'art. 1382 code Napoléon, TEISSEIRE, *Essai d'une théorie générale*, cit., pp. 148-151; RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété*, cit., pp. 322-325; STARCK, *Essai*, cit., p. 386. Da noi ZICCARDI, *L'induzione*, cit., p. 166. Significative, del resto, le considerazioni di WALTON, *La responsabilité délictuelle*, cit., p. 55. Si vedano comunque gli equilibrati richiami di GENY, *Risques et responsabilité*. In generale, anche NAGLER, *Der Begriff der Rechtswidrigkeit*, in *Festgabe R. Frank*, I, cit., p. 339 ss., 346; ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 197; BIANCA, *L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, p. 478 ss., 492 s.

[51] RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 111. Si vedano peraltro le riserve di LIPARI. *Il problema dell'interpretazione giuridica*, nel volume *Diritto privato, una ricerca per l'insegnamento*, cit., p. 66. Sul punto, con ampiezza, LARENZ, *Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik*, in *Juristen Zeitung*, 1962, p. 105 ss., 106.

[52] Per tutti, SCHLESINGER, *La « ingiustizia » del danno*, cit., p. 319.

[53] Per l'« insostenibilità della costruzione nell'ambito del sistema di un rapporto tra regola (colpa) ed eccezioni (altri criteri) », RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 177. Analogamente, GIUSIANA, *Il concetto*, cit., p. 174; V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 236; BRANCA, *Profili storici*, cit., p. 42; FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, I, cit., p. 11; COMPORTI, *La responsabilité civile*, cit., p. 846; CARBONE, *Il fatto dannoso*, cit., p. 166 ss. Si veda del resto, la sistemazione di ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit.,

del diritto civile, e in quest'ambito del torto soprattutto, si accontenta di anche rare sconfessioni per decidersi a lasciare un certo dogma: tanto più inutile poi per chi rilevi come una spiccata libertà ricostruttiva accompagni il discorso degli interpreti solo in rapporto ad alcune componenti della fattispecie illecita, che son poi quelle su cui già il legislatore si è espresso in termini meno perentori [54].

Certo, desterebbe meraviglia se il tono che ha improntato la definizione di una parte dei requisiti dell'*iniuria* non trovasse qualche riscontro in materia di elementi soggettivi: e non v'è dubbio che l'asserita generalità della clausola apparirebbe limitata o imperfetta, laddove intesa come rinuncia a schematizzare soltanto la natura dell'interesse che dev'essere leso, o il tipo di nesso causale che deve sussistere ai fini della responsabilità. Ma il problema sarà allora di vedere se l'elasticità che contrassegna quei fattori sia tale da riflettersi in qualche modo sulla colpevolezza — il che significa provare che quest'ultima interviene necessariamente nel meccanismo del loro accertamento; un percorso già *ictu oculi* più ardito della semplice invo-

pp. 58-59, e in generale la lettura di WILBURG, *Die Elemente des Schadensrechts*, cit., *passim*. Ma per certi versi già HASENÖHRL, *Österreichisches Obligationenrecht*, cit., p. 160; oppure KRASNOPOLSKI, *op. cit.*, p. 166. Con chiarezza anche maggiore M. RÜMELIN, *Schadensersatz ohne Verschulden*, cit., p. 74 (« Nicht in der Aufstellung eines einheitlichen, alleinseligmachenden Prinzips, sondern in der Erkenntniss der Mannigfaltigkeit der abzuwägenden Interessen wird die Zukunft unseres Schadensersatzrechts liegen »); MÜLLER, *Die Bedeutung*, cit., pp. 138-139. E inoltre, Otto v. GIERKE, *Schuldrecht*, cit., p. 906; MAYR, *Lehrbuch*, I, cit., p. 269; SWOBODA, *Die neue Gestaltung*, cit., p. 122; ID., *Das Rechts der Schuldverhältnisse*, cit., pp. 71-72; LARENZ, *Vertrag und Unrecht*, II, cit., pp. 32-33; ID., *Die Prinzipien der Schadenszurechnung*, cit., p. 373; ID., *Methodenlehre*, cit., p. 463 ss.; GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica*, cit., p. 412; ESSER, *Grundfragen*, cit., p. 128 ss.; ID., *Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts*, in *Juristen Zeitung*, 1953, p. 129 ss., 130; ID., *Schuldrecht*, I, cit., p 52 ss. (vedi, però, II, p. 394); ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, 2, cit., p. 1272 ss.; GERNHUBER, *Die Haftung für Hilfspersonen*, cit., p. 76; COING, *Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem*, cit., p. 36; v. CAEMMERER, *Das Problem des Kausalzusammenhangs*, cit., p. 306; BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung*, cit., p. 2; VINEY, *Le déclin*, cit., p. 205 ss.; ELDBACHER, *Wandel und Krise*, cit., p. 93; CATTANEO, *Buona fede obiettiva*, cit., pp. 617-618.

[54] Si veda, ad esempio, CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., il quale respinge lo schema dell'eccezione per le figure in cui l'obbligo risarcitorio è ammesso dinanzi alla lesione di situazioni diverse dal diritto soggettivo (p. 157 ss.), e lo mantiene invece proprio per i casi in cui la responsabilità non venga riconosciuta già a titolo di *culpa laevis* (p. 71).

cazione rivolta all'ampiezza di dettato dell'art. 2043, o alla vastità dei compiti affidati all'istituto aquiliano.

5. Ancor più fragile sarebbe il tentativo di far leva su altri dati del sistema, deducendo quel precetto nell'illecito da un più vasto e organico principio, intitolato alla repressione della malizia, che si affermerebbe esistere nel diritto privato: e le cui tracce dovrebbero essere date dalla rilevanza del raggiro e della violenza nel negozio, della frode nell'azione pauliana o nell'art. 1344, della malafede nel possesso, nell'indebito o nella disciplina sui vizi della cosa, del dolo nella revocazione della sentenza, e così di seguito [55].

Un principio siffatto non può certo ammettersi, o ha contorni quantomeno così labili da rendere impensabile un richiamo all'art. 12, 2° comma, delle preleggi: e ciò non tanto per la varietà dei fenomeni che appaiono colpiti in ciascuno di quei testi, quanto perché troppo eterogenea è la *ratio* che giustifica volta a volta il risalto del dolo, e troppo diverse soprattutto le sanzioni imposte al soggetto malizioso [56].

Su questo stesso piano, non riuscirebbe del resto molto arduo, con una ricognizione presso i singoli istituti, estrarre un'altra e opposta regola intestata alla sufficienza della colpa, che avrebbe titoli assai maggiori per farsi preferire, data la lettera dell'art. 2043. Né appare possibile un più limitato ricorso all'analogia, dal momento che nessuna delle materie in cui il dolo si distingue dalla colpa mostra di avere una sufficiente affinità con i problemi della responsabilità civile.

6. Quanto alla storia, appare vano insistere sulla derivazione dell'art. 2043 dagli artt. 1151 e 1152 del codice del '65, per tentare di addebitare a necessità puramente tecniche la menzione del dolo accanto alla colpa: se sulla scelta di tale formula poteva anche pesare un'esigenza di continuità, e cioè quella di rispecchiare gli elementi distintivi tra le due disposizioni unificate, l'intento di sancire l'equivalenza non era tuttavia meno presente, considerata la parità di trattamento che i due criteri avevano già prima.

---

[55] Un tentativo del genere si ha, ad esempio, in STARCK, *Essai*, cit., p. 363 e p. 424.

[56] CARRARO, *Valore attuale*, cit., pp. 790-791; SANTINI, *La vendita a prezzo imposto*, cit., p. 1090, nota 129; VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude*, cit., p. 363 ss.; RUFFOLO, *Atti emulativi*, cit., p. 40.

Certo, sciolti quei testi in un articolo unitario, non era facile inserirvi anche la traccia di un'altra e più sottile distinzione, fra illeciti di dolo e di colpa, che non combaciava con quella principale fra condotte volontarie e negligenti; né le ipotesi di rilevanza della malafede avevano forse sufficiente omogeneità da permetterne la fusione in una norma apposita e comune, che non fosse di semplice inventario.

La verità, però, non è tanto che il legislatore intendesse riservare al dolo uno statuto parzialmente autonomo, e si trovasse poi nell'impossibilità di concederglielo in una norma del tenore della clausola, quanto, e piuttosto, che il problema stesso gli era ignoto o era stato trascurato [57]: a meno di non ritenere, ciò che riesce peraltro inverosimile, che, introducendo l'equiparazione nell'art. 2043, si volesse escludere la rilevanza del dolo nelle figure già allora amministrate da questo criterio, e che non erano state regolate in qualcuna delle norme del codice.

7. Altri segni della noncuranza non mancherebbero, del resto, anche al di là di quelli offerti, indirettamente, dal disinteresse degli interpreti del tempo; sarebbe facile controllare la scarsezza di accenni, nei lavori preparatori del codice civile, al possibile rilievo della malizia, o la disinvoltura con cui si affermava, nella Relazione al pro-

---

[57] Sono note « le affannose vicende da cui ebbe origine il diritto delle obbligazioni » (così RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 8, secondo cui il « disinteresse » per la responsabilità civile « riscontrabile nel corso dei lavori preparatori », dovrebbe però spiegarsi soprattutto — ivi, p. 13 — con « un riferimento alla tradizionale opinione dell'immutabilità di questa materia, impavidamente conservata pur da taluni non ignoranti dei mutamenti della realtà sociale »). Si vedano anche ALLARA, *Le nozioni fondamentali*, cit., p. 139; F. VASSALLI, *Le code civil italien*, in *Rev. int. droit int. et droit comp.*, 1952, p. 166; NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa*, cit., p. 178; TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 2. Sul passaggio dall'art. 74 del Progetto del 1927 all'art. 833 cod. civ., e sui precedenti dell'art. 1438, V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 14 ss., p. 21 ss. In generale, di recente, CARBONE, *Il fatto dannoso*, cit., p. 6 ss.; MERRYMAN, *Lo stile italiano: le fonti*, in *Riv. dir. trim. proc. civ.*, 1967, p. 709 ss. (« ... Non si può non pensare, allora, che il quarto libro del codice è essenzialmente un libro sui contratti e che l'*unjust enrichment* e i fatti illeciti ne costituiscono delle appendici alquanto striminzite »).

Quanto al problema della soggettività o oggettività dell'interpretazione, una sintetica rassegna delle varie teorie e un'esauriente bibliografia si trovano in ENGISCH, *Introduzione*, cit., p. 132 ss.; o, più concisamente, LARENZ, *Methodenlehre*, cit., p. 296 ss.

getto del 1927, l'eguaglianza di risultati tra le disposizioni del codice germanico, e la clausola generale dei sistemi francese e italiano; facile accorgersi come sempre al dettato di quest'ultima, più che non alle sue traduzioni dottrinarie, e a tutti i vuoti così lasciati aperti, rimanesse ferma nel 1942 l'attenzione del Relatore al Re.

E tuttavia, anche in una materia come la responsabilità civile, dove il « piano » della casistica assume un'importanza così grande, c'è da chiedersi quanto lontano possa mai condurre un'accusa di negligenza e distrazione, mossa alla persona del legislatore. Meglio forse, dovendo storicizzare l'approccio all'art. 2043, sarebbe risalire alle origini stesse di questa norma, ossia alle prime enunciazioni generali degli autori delle scuole giusnaturalistiche: dove il rimando alle ambizioni dell'epoca, così devota alla ragione e alle sue leggi, restituirebbe già i motivi culturali del successo arriso a quella lettera, mentre un richiamo al contenuto di quest'ultima mostrerebbe che la *reductio ad unitatem* si era pur sempre limitata a un'astrazione delle sole ipotesi maggioritarie.

Sin dal principio vi sarebbe stata la coscienza ch'essa ignorava una serie di figure, subito vinta però dalla certezza che tra un sistema di conteggio empirico, ed un riassetto unitario degli illeciti, il modello adatto ai tempi era il secondo: escluso allora ch'esso potesse essere assunto per cancellare quei frammenti meno usuali — e tenuto conto anche del numero dei torti, rientranti formalmente nella clausola, e destinati però a restare irreparabili — occorrerebbe ammettere che già all'inizio, in chi affermava la risarcibilità di ogni pregiudizio colposo, fosse presente e ben chiara la riserva circa il valore e l'effettività della formulazione; e la giuridicità non sarebbe certo aumentata, né l'eco di quella riserva scomparsa, nel corso di secoli che hanno visto la responsabilità affermarsi in tante e svariate direzioni.

S'era già detto, del resto, dei timori sopravvenuti negli ultimi decenni, con l'insorgere di nuovi pregiudizi, e degli sforzi dottrinari per tradurre la portata dell'*alterum non laedere* nelle maglie di un disegno meno ampio. Era indiscusso allora che la clausola potesse esser violata impunemente, non appena ciò apparisse necessario, ed anzi proprio questa sicurezza, garanzia di un equilibrio anche in futuro, avrebbe spinto il legislatore del '42 a riconfermarla: così il margine di indipendenza, per l'interprete, sarebbe ancora lo stesso del passato.

Né, in altro senso, basterebbe richiamarsi alla più ricca messe di dettagli introdotti con la nuova disciplina. La specificazione sull'in-

giustizia del danno, il regolamento di alcune cause di giustificazione, la scelta stessa della parità fra colpa e dolo, non sarebbero che inerti trascrizioni delle formule scolastiche del tempo. Di qui l'onere di svolgere un controllo circa il grado di attualità delle preoccupazioni per le quali erano sorti quei modelli: col dovere di trarre indicazioni dal rilievo degli ultimi fenomeni — quali l'aumento e la « normalizzazione » dei danni [58], l'estendersi del ricorso all'assicurazione, la diffusione della previdenza sociale e infortunistica, e così di seguito [59] — che hanno inciso sul volto complessivo dell'istituto aquiliano, spingendo anche il giurista a rivedere certezze non più giustificate.

Al venir meno degli scrupoli tradizionali non potrebbe non far seguito un abbandono dello schema dell'eccezione, dal momento che nel campo dell'illecito tale schema è stato sempre utilizzato non già per ridurre l'area del danno risarcibile rispetto alla portata di una regola troppo vasta, ma per ampliarla rispetto a quella di una regola troppo angusta; mentre non stupirebbe la pretesa di andar oltre il mero ossequio di una lettera, in un momento in cui il legislatore — costellando di inediti particolari la disciplina di una certa materia — ha lui stesso provveduto a soddisfare domande e bisogni di certezza.

8. E in questa luce acquisterebbe poi valore un richiamo all'esempio dei sistemi che possiedono una clausola sul dolo: giustificando la fiducia di chi crede che ordinamenti omogenei non possano fornire risposte contrastanti su punti sostanziali [60], e dando ascolto

---

[58] Bouillenne, *La responsabilité civile,* cit., p. 183; Tucci, *Responsabilità civile e danni ingiusti,* cit., p. 397; Resta, *Mutamenti sociali e riflessione giuridica,* cit., p. 486.

[59] V. anche Enneccerus-Nipperdey, *Allgemeiner Teil,* 2, cit., p. 1272, ove sono accennati i punti essenziali che la dottrina tedesca è venuta indicando in questi ultimi decenni come temi di riforma legislativa in materia di risarcimento del danno (la conclusione è poi che « solange diese Neuordnung nicht erfolgt ist, wird es die Aufgabe der Wissenschaft und der Rechtsprechung sein, das Schadensrecht so weit wie möglich den Erfordernissen des modernen Verkehrs und der sozialen Ordnung eines freiheitlichen demokratischen Rechtsstaates anzupassen »).

[60] Cfr. Walton, *La responsabilité délictuelle,* cit., p. 48 ss.; Nipperdey, *Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts,* in *Arbeitsbericht des Untersuchungausschuss für Schadensrecht der Akademie für Deutsches Recht,* München u. Berlin, 1940, p. 36 ss., 44 s.; Marteau, *De la notion de la causalité,* cit., p. 167; v. Caemmerer, *Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsverglei-

a coloro che rilevano quanti degli esiti germogliati in applicazione dell'*actio doli generalis,* in Svizzera e in Germania, sarebbero per noi

---

chung, in *Neue jurist. Wochenschr.,* 1956, p. 569 ss.; ID., *Wandlungen des Deliktsrechts,* cit., p. 470 ss., specialmente pp. 472-473 (« Nun ist sicher richtig, dass auch die allgemeine Formel, nach der jede fahrlässige Schädigung eines andern ersatzpflichtig macht, eine rechte Begrenzung der Haftungsfälle nicht ausschliesst. Es gilt nur, die Sorgfaltspflichten in Schutzrichtung und Schutzumfang sachgerecht herauszuarbeiten und abzugrenzen. Die Rechte mit allgemeinen Deliktstatbestand unterscheiden sich dadurch vom deutschen Recht, dass sie die Lösung des Problems dem Richter zuweisen, während das deutsches BGB sich bemüht hat, die Frage, wann eine rechtswidrige Schädigung vorliegt, soweit als möglich zu beantworten. Die Art und Weise, wie der deutsche Gesetzgeber in dreigliedrigem Aufbau der Deliktstatbestände diese Antwort zu geben versucht hat, berührt sich dabei nahe mit den Überlegungen, die in den Rechten der deliktsrechtlichen Generalklausel angestellt werden, um die Fälle rechtswidriger Schädigung zu erfassen»); ID., *Die absoluten Rechte,* cit., p. 566; BETTI, *Système du code civil allemand,* Milano, II, 1965, p. 95; SACCO, *L'ingiustizia,* cit., c. 1420 ss.; ID., *Définitions savantes et droit appliqué dans les systèmes romanistes,* in *Rev. int. droit comp.,* 1965, p. 827 ss.; ID., *Il substrato romanistico del diritto civile dei paesi socialisti,* in *Studi in onore di G. Grosso,* Torino, IV, 1971, p. 761; Hans STOLL. « *The Wagon mound* », cit., p. 392; ID., *Penal purposes,* cit., p. 4 ss.; ESSER, *Schuldrecht,* II, cit., p. 393 (« Die Ergebnisse aus der Praxis fremder Rechtssysteme divergieren freilich keineswegs so, wie es nach der dogmatischen Konzeption zu erwarten wäre »).

Superfluo ogni esplicito richiamo in merito all'analogia di funzione rispettivamente svolta, nella *common law* e in Germania, da criteri come quelli della *negligence* e l'altro, opposto, di « *im Verkehr erforderliche Sorgfalt* » (per tutti, v. CAEMMERER, *Die absoluten Rechte,* cit., p. 559; ID., *Products liability,* in *Festschrift für Max Rheinstein,* Tübingen, 1969, II, p. 659 ss., 664; e, seppur con qualche esitazione, WEITNAUER, *Remarques,* cit., p. 812).

Per la causalità, in particolare, RANDA, *Die Schadensersatzpflicht,* cit., p. 54; WEITNAUER, *Zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang,* cit., pp. 323-324; v. CAEMMERER, *Das Problem des Kausalzusammenhangs,* cit., p. 410 (« Der Gegensatz zwischen der germanischen Rechtswelt des Common Law und dem vom römischen Recht herkommenden Civil law in den Ländern des französisch-romanischen und des deutschen Rechtskreises scheint rein äusserlich fast unüberbrückbar »).

È frequente, alla base di osservazioni del genere, il rilievo secondo cui « il diritto della responsabilità civile regola casi sempre più simili, e s'ispira a preoccupazioni non più peculiari di un luogo soltanto, sfuggendo così a quelle difficoltà che le diversità di fatto o di evoluzione pongono alla comparazione di altri istituti » (RODOTÀ, *Il problema,* cit., p. 39; e già LEGAL, *De la négligence et de l'imprudence,* cit., p. 9). Anche se non vanno dimenticati certi inviti alla prudenza (ad esempio RABEL, *Le vicende,* II, cit., p. 465), minore è perciò il rischio di cadere in quelle forzature o incomprensioni,

impossibili ad ammettersi, malgrado la loro ragionevolezza, con una lettura troppo formalistica dell'art. 2043 cod. civ. [61].

---

contro le quali ha di nuovo messo in guardia, recentemente, KAHN-FREUND, *On uses and misuses of comparative law,* in *Mod. law rev.,* 1974, p. 1 ss.

In tal senso, ancora, GUTTERIDGE, *Comparative law,* Cambridge, 1946, p. 33; MARTY, *L'expérience française,* cit., p. 176; TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva,* cit., p. 8; ID., *Illecito,* cit., pp. 92-93; DELYANNIS, *La notion,* cit., p. 10; FRIEDMANN, *Legal theory,* cit., pp. 527-531; SIEG, *Gemeinsame Tendenzen im deutschen und französischen Schadensersatzrecht,* in *Karlsruher Forum,* 1961, p. 40; LIPSTEIN, *Protected interests in the law of torts,* in *Cambr. law journ.,* 1963, p. 102; CHAPUS, *Responsabilité publique,* ct., pp. 24-25; ZWEIGERT, *Des solutions identiques par des voies différentes,* in *Rev. int. droit comp.,* 1966, p. 5 ss., 18; DEUTSCH, *Die Zwecke des Haftungsrechts,* cit., p. 245; SCHRICKER, *Gesetzesverletzung und Sittenverstoss,* cit., p. 274; M. BARCELLONA, « *Scopo della norma violata* », cit., pp. 311-312.

Per qualche altro rilievo generale, GENY, *Méthode d'interprétation et sources,* II, cit., p. 275; ASCARELLI, *La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato,* in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti,* cit., III, p. 9 ss.; ID., *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione,* in *Studi di diritto comparato in tema di interpretazione,* Milano, 1952, p. 165 e p. 202; BRUTAU, *Realism in comparative law,* in *Am. journ. comp. law* 1954, p. 42 ss.; HELDRICH, *Sozialwissenschaftliche Aspekte der Rechtsvergleichung,* in *RabelsZ.,* 1970, p. 427 ss.; TEDESCHI, *La tutela aquiliana,* cit., p. 584; HOPT, *Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung,* cit., pp. 3-5; SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni sull'oggetto del diritto comparato,* in *Riv. dir. comm.,* 1964, p. 331 ss., 349; R. DAVID, *Le rôle des juristes dans l'élaboration du droit,* in *Festschrift Dölle,* Tübingen, I, 1963, p. 359 ss., 369; H. C. FICKER, *Interference with contractual relations und deliktsrechtlicher Schutz der Forderung,* cit., p. 172 ss.; STAUDINGER (-WERNER), *Kommentar,* cit., p. 322 ss.; LUPOI, *Il dolo,* cit., p. V; DI PRISCO, *Concorso di colpa,* cit., p. 422; FRIGNANI, *L'injunction,* cit., p. 610.

[61] Sull'« analogia » tra quei dispositivi e la tendenza americana « a riempire i vuoti tra le figure tradizionali di torts col concedere azione per i danni in caso di *malice* », RHEINSTEIN, voce « *Common law-equity* », cit., p. 964; oppure RABEL, *Le vicende,* II, cit., p. 66 (con particolare riguardo per il *procuring breach of contract*); MILLNER, *Negligence in modern law,* cit., p. 174, nota 1; ID., *Contrasts in contract and tort,* cit., p. 81. Per la materia dei consigli errati e delle false informazioni, v. CAEMMERER, *Bereicherung und unerlaubte Handlung,* cit., p. 336; ID., *Wandlungen,* loc. ult cit. e p. 528. Sui risultati comuni ottenuti in Germania e in Francia, rispettivamente, con il § 826 BGB e con l'art. 1382 code Napoléon, SACCO, *L'ingiustizia,* cit., c. 1435; CALLMANN, *Zwei Denkmethoden im Recht - Deutschland und die Vereinigten Staaten von Amerika,* in *Festschrift P. Möhring,* München u. Berlin, 1965, p. 335; e ancora v. CAEMMERER, *Wandlungen,* cit., pp. 475-476. Sul rapporto fra § 226 BGB e art. 1382 cod. Nap., STAUDINGER (-COING), *Kommentar,* cit., p. 1183. Per altre analoghe conclusioni, sempre

All'obiezione secondo cui norme come il § 826 del B.G.B., o come l'art. 41, 2° comma, del codice svizzero delle obbligazioni, mancherebbero di spazio e utilità in un sistema imperniato sul *neminem laedere*, sarebbe agevole ribattere osservando come di danno risarcibile, nell'esperienza italiana, si continui ancor oggi a parlare quasi esclusivamente per l'ipotesi di violazione del diritto soggettivo assoluto: un'ottica ben poco differente da quella propria del § 823 del B.G.B., il quale mostra semmai di possedere — con il disposto del suo stesso primo comma, che eleva il *sonstiges Recht* del danneggiato a oggetto di possibile tutela — un respiro complessivo anche maggiore [62] rispetto a tante formule nostrane [63].

---

riferite al dolo, AMES, *Law and morals*, cit., p. 11; WALTON, *Motive as an element in torts*, cit., p. 503 ss.; ID., *La responsabilité délictuelle*, cit., p. 61 ss.; JENKS, *Theories of tort in modern law*, in *Law quart. rev.*, 1903, p. 19 ss.; WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund*, cit., pp. 52-53 (che mette in risalto la somiglianza tra i propri risultati classificatori e certe sistemazioni statunitensi); ancora SACCO, *Il sustrato romanistico*, cit., pp. 761-762; PROSSER, *Handbook*, cit., p. 25; DEUTSCH, *Entwicklung und Entwicklungsfunktion*, cit., pp. 389-390.

[62] Tale, anzi, che alcuni — ad esempio v. LISZT, *Deliktsobligationen*, cit., p. 26; v. anche LUNDSTEDT, *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, II, 1, cit., p. 262 — ebbero a chiedersi se il § 823, 2° comma, sotto il profilo dell'elemento oggettivo, non costituisse che un semplice doppione del § 823, 1° comma (si veda, peraltro, la risposta negativa di JUNG, *Schadensersatz und Bereicherung*, in *Jhering's Jahrbücher*, 1919, p. 149; e già ALLFELD, *Recensione* a v. Liszt, op. cit., in *Krit. Viert. für Gesetzgeb. und Rechtswiss.*, 1902, p. 59 ss., 62; sul punto, ora, WEITNAUER, *Remarques*, cit., p. 812).

[63] Cfr. sul punto i rilievi di OTTE, *Schadensersatz nach § 823 I BGB wegen Verletzung der « Forderungszuständigkeit »?*, in *Juristen Zeitung*, 1939, p. 253 ss. Fra i nostri interpreti, BUSNELLI, *La lesione del credito*, cit., p. 50, nota 2 e TRIMARCHI, *Illecito*, cit., p. 92. I caratteri di tipicità del sistema tedesco sono apparsi fraintesi e esagerati, negli autori italiani, a SCHRICKER, *Gesetzesverletzung und Sittenverstoss*, cit., p. 158, nota 6; v anche CIAN, *Recensione* a Tucci, Il danno ingiusto, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 101.

Sullo sviluppo della categoria dei *sonstige Rechte* esiste ormai una letteratura vastissima: nessun altro tema ha forse anzi attirato tanto l'attenzione degli scrittori tedeschi, ben consapevoli — sin dai primi tempi di applicazione del BGB — dei limiti impliciti in valvole pur ampie quali il § 823, 2° comma, e il § 826. Fra i contributi meno recenti, si vedano dunque SCHÖNFELD, *Zum § 823 BGB*, München, 1899; MITTWEG, *Die Unerlaubte Handlung nach dem BGB*, Erlangen, 1899; SCHAUFUSS, *Die Verletzung des Eigentums oder eines sonstigen Privatrechts eines anderen in § 823 BGB*, Bonn, 1899; oppure SCHULZ-SCHAEFFER, *Das subjektive Recht*, cit., p. 109 ss., specialmente p. 139 ss.; SIBER, *Schuldrecht*, cit., p. 450 ss.; ROSENTHAL, *op. cit.*, II, p. 211-

Resterebbe l'esigenza di scolpire la nota di riprovevolezza esterna che accomuna le lezioni sanzionabili a titolo di dolo, distinguendole dalle altre, e che si è espressa in quei codici con il riferimento alla *Sittenwidrigkeit* della condotta; ma il compito non potrebbe im-

---

212; RAAPE, *Aneignungsüberlassung, Zugleich ein Beitrag zum Begriff des sonstigen Rechts (§ 823 I)*, in *Jhering's Jahrbücher*, 1924, p. 228 ss. e 237 s.; successivamente LARENZ, *Vertrag und Unrecht*, cit., II, p. 36 ss.; ID., in *NJW*, 1955, cit., p. 521 ss.; STOLL-FELGENTRAEGER, *op. cit.*, p. 211; HEDEMANN, *Schuldrecht*, cit., p. 356 ss.; SOERGEL (-LINDENMAIER), *op. cit.*, p. 753 ss. L'evoluzione, com'è abbastanza noto, è avvenuta attraverso il progressivo riconoscimento di alcune situazioni soggettive come altrettanti diritti difendibili già contro una lesione semplicemente colposa: tale riconoscimento continua ad essere negato al diritto di credito, per il quale dottrina e giurisprudenza ammettono in prevalenza una possibilità di tutela soltanto sulla base del § 826 (*infra*, Cap. XI, nota 73); è invece stato dato al possesso, ad alcune posizioni connesse con la famiglia, ad altri diritti, fra i quali spiccano il *Recht am Arbeitsplatz*, il *Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*, e soprattutto a quello di cui più si è discusso in questi ultimi due decenni, ossia l'*allgemeine Persönlichkeitsrecht*. Fondamentale, in proposito, il lavoro di FABRICIUS, *Zur Dogmatik des « sonstigen Rechts » gemäss § 823 Abs. 1 BGB*, in *Arch. civ. Prax.*, 1961, p. 273 ss. Tra le altre opere, REINHARDT, *Das subjektive Recht in § 823 I BGB*, in *Juristen Zeitung*, 1961, p. 713 ss.; WEITNAUER, *Zum Schutz der absoluten Rechte*, in *Karlsruher Forum*, 1961, p. 18; ID., *Remarques*, cit., p. 813 ss.; LARENZ, *Methodenlehre*, cit., p. 398 ss.; GÖRNER, *op. cit.*, p. 514 ss.; NEUMANN-DUESBERG, *Abgrenzbarkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und sein Schutz nach § 823 Abs. 1 BGB*, in *NJW*, 1957, p. 1341 ss.; AMTMANN, *op. cit.*, p. 3 ss.; F. KUEBLER, *Der Referententwurf*, cit., p. 542 ss.; FIKENTSCHER, *op. cit.*, p. 559 ss.; KRASSER, *Der Schutz vertraglicher Rechte*, cit., p. 162 ss.; KOZIOL, *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte*, Wien-New York, 1967, p. 10 ss.; Ludwig RAISER, *Rechtsschutz und Institutionenschutz*, cit., p. 158 ss.; SOERGEL (-ZEUNER), *op. cit.*, § 823, Bem. 33-93; DEUTSCH, in *Jurist. Schul.*, 1967, cit., p. 153; ancora Ludwig RAISER, *Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht*, in *JZ*, 1961, p. 465 ss.; Ernst WOLF, *Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*, in *Festschrift Fritz v. Hippel*, cit., p. 665 ss.; MEDICUS, *op. cit.*, p. 248 ss.; ESSER, *Schuldrecht*, II, cit., p. 403 ss. Sul 1° comma del § 823 come *Sonderfall* rispetto al 2° comma, da ultimo, RÖDIG, *Erfüllung des Tatbestandes*, cit., p. 56 ss.; in precedenza, KRESS, *B. S.*, cit., p. 303; v. anche ESSER, in *Rev. int. dr. comp.*, 1961, cit., p. 485.

Tra le conclusioni generali, sono particolarmente significative quelle tratte da v. CAEMMERER, *Wandlungen*, cit., pp. 488-489 (« Im übrigen aber ist auch § 823 Abs. 1 BGB ein offener Tatbestand... Der Sache nach haben wir damit auch im deutschen Recht eine *Generalklausel*, dass jeder die vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt anzuwenden hat, um Schädigungen andere zu vermeiden. Und die Praxis ist bei der Ausfüllung dieser Generalklausel nicht anders verfahren, als die französischen und die anglo-amerikanischen Gerichte in ihrer

barazzare chi l'affrontasse senza il carico di miti e preconcetti che portava i nostri scrittori dell'inizio del secolo a vedere nell'ampiezza di quel riferimento una minaccia di arbitri e di ingiustizie: e la stessa possibilità di limitarsi a una traduzione letterale del termine [64] non sarebbe più tanto inverosimile per chi ammettesse come ogni pronostico di confusione tra morale e diritto sia ormai stato smentito nettamente dalla pratica giurisprudenziale di quei paesi [65].

Rechtsprechung zu den Tatbeständen von « faute » und « negligence ». Die deutsche Rechtsprechung, die die Verkehrspflichten herausgearbeitet hat, hat damit das Deliktssystem des Gesetzes um einen weiten, wichtigen Bereich von Deliktstatbeständen ergänzt und das System damit abgerundet, durchaus in Analogie zu dem objektiven Tatbestand der negligence im englischen und im amerikanischen Recht »).

La diversità delle formule adottate per la definizione dell'illecito, ha come naturale conseguenza che in Italia si sia talvolta finito per accusare il § 826 del BGB di allargare eccessivamente l'ambito della responsabilità, mentre in Francia, dove lo scetticismo verso ogni schema eccessivamente rigido è di prammatica, almeno da un certo momento storico in avanti, si addebita al legislatore tedesco di aver dimostrato troppo poca sollecitudine per gli interessi dei soggetti (così, SALEILLES, *L'obligation,* cit., p. 373; DEMOGUE, *Traité des obligations,* 1, IV, cit., p. 392; JOSSERAND, *De l'esprit des droits,* cit., p. 347 ss.; MARKOVITCH, *Théorie de l'abus des droits,* cit., p. 278 ss.; DELYANNIS, *La notion,* cit., p. 265; si vedano anche BLONDEL, in *Bull. de la soc. de législation comp.,* 1900, p. 91; MARTIN, *L'abus du droit et l'acte illicite,* in *Zeitschr. für Schweiz. Recht,* 1900, p. 21; PLANIOL, *op. cit.,* II, p. 285; LAMBERT, *Préface* a Markovitch, op. cit., p. XI).

[64] Così, sostanzialmente, DELYANNIS, *La notion,* cit., p. 44; v. anche KANETI, *op. cit.,* p. 635.

[65] Cfr. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht,* II, cit., p. 345. Per qualche accenno, RODOTÀ, *Il problema,* cit., pp. 136-137.

CAPITOLO DECIMO

IL DOLO E L'ART. 2043

1. Anche tutti gli ultimi accenni, tenuto conto di quanto dispone il 1° comma dell'art. 12 delle Disposizioni preliminari, non sono però forse sufficienti per concludere che possa ammettersi senz'altro, nel nostro sistema dei fatti illeciti, un principio intitolato alla repressione della malizia; se, infatti, « nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore », quel riconoscimento andrà cercato necessariamente nel testo stesso dell'art. 2043 cod. civ. Certo, è pur facile immaginare che nella ricostruzione del precetto di tale norma, condotta sul terreno dell'analisi letterale, non debbano restar tradite interamente le promesse di libertà che giungono dalla comparazione e dalla storia: e s'intende come una prova della generalità della clausola, anche sotto il profilo qui in esame, consentirebbe il recupero e il rilancio dei vari spunti che da soli non riuscivano ad abbattere il dogma della parità

fra colpa e dolo. Ci riferiamo qui ancora a certi inviti a considerare la mutata funzione dei codici, dopo l'avvento della Costituzione [1], a guardare senza diffidenza all'opera dei giudici [2], a prender atto della maggior ricchezza di norme di principio nel nostro attuale codice civile [3]: nessun dubbio che la possibilità di raccogliere quegli appelli, così frequenti nella dottrina più recente, condurrebbe ad allargare ulteriormente gli spiragli aperti dall'esegesi.

Quali problemi attendano quest'ultima, si può d'altronde indovinare facilmente, distinguendo fra due opposte indicazioni che la lettura della clausola preannuncia.

Ci sembra, infatti, che in tanto sia fatale, una conferma dell'equivalenza, in quanto a ogni elemento dell'illecito figuri essere stata assicurata una nozione chiusa e definita: così che per ciascuno, nel giudizio, debba esservi un controllo separato, autonomo cioè da ogni riguardo per le modalità psicologiche della condotta. Avremmo allora un paradigma ben preciso, nel quale il compito del dolo e della colpa sarebbe appena quello di permettere, dall'esterno, l'imputazione del danno ad un certo soggetto: nessuna distinzione fra i due termini, dal punto di vista degli effetti, verrebbe così a giustificarsi.

Diverso, ed anzi opposto, il risultato, nel caso in cui l'indagine appurasse che nessuna o non tutte quelle componenti possiedono caratteristiche del genere, poiché su ognuna o su qualcuna di esse la

---

[1] SOLARI, *Individualismo e diritto privato,* Torino, 1959, p. 57; M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1961, pp. 399-401; RODOTÀ, in più occasioni, e comunque ne *Il problema,* cit., p. 7, testo e nota 13 (ove altri richiami) e p. 22. Si vedano anche WIEACKER, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft,* Karlsruhe, 1953, p. 3 ss.; LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht,* München u. Berlin, 1960, p. 3 ss.; GALGANO, *Recensione* a Rodotà, cit., p. 536.

[2] ALESSI, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione,* cit., p. 10; TRIMARCHI, *Illecito,* cit., p. 98; e cfr. ancora RODOTÀ, il quale ritiene contraddittorio un ordinamento che prevede per la disciplina della responsabilità civile una clausola generale, senza fornire al giudice adeguati poteri (*op. cit.,* p. 28, nota 50).

[3] G. STOLFI, *Il principio di buona fede,* in *Riv. dir. comm.,* 1964, I, p. 163 ss., 171; NATOLI, *Note preliminari,* cit., p. 26 ss.; CARRARO, *Valore attuale della massima « fraus omnia corrumpit »,* cit., p. 791 ss.; Salv. ROMANO, *Il trasporto di cortesia,* cit., p. 496; TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario,* cit., pp. 498-499 e 502 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile,* 9ª ed., Napoli, 1966, p. 76.

considerazione del contegno dell'agente può esercitare un'influenza decisiva. Interscambiabili come criteri di collegamento, colpa e dolo non sarebbero più tali come fattori che incidono distintamente nel giudizio sull'esistenza o sul valore di altri requisiti: giudizio non certo risolto o tentato, dal legislatore, all'interno dell'art. 2043, e rimasto interamente confidato al prudente apprezzamento dell'interprete.

2. Esiste allora questa duplice funzione che si ipotizza per la malizia e l'imprudenza? E quali sono le parti dell'illecito imprecisabili *a priori* e per se stesse, destinate cioè a subire variazioni a seconda del tipo di colpevolezza?

Una prima indicazione, in verità, è già stata offerta, quando s'è detto come nei casi di lesione dell'onore, o per la voce di cui all'art. 2059 cod. civ., l'*id quod interest* sia spesso più elevato quando il danno è stato inflitto di proposito [4]; nella seconda ipotesi, soprattutto, dove il confronto è fra entità omogenee (danni entrambi riparabili), s'intende agevolmente come il dolo, nel guadagnare al risarcimento la maggior quota di danno rispetto al caso di colpa, assolva un ruolo diverso e indipendente da quello svolto nell'individuazione del responsabile: e ciò vale *a fortiori* per l'ipotesi in cui, poiché il reato è solo al titolo più grave, la riparazione del danno non patrimoniale viene addirittura a mancare di fronte a una condotta negligente.

Nessun influsso potrà avere invece il dolo, e lo si intende già ad un primo sguardo, sopra un altro requisito della responsabilità, ossia sulla capacità di intendere e volere: l'art. 2045 appare fermo e categorico nell'ammettere l'obbligo riparatorio quando lo stato di incapacità sia derivato anche da colpa lieve, né sarebbe corretto immaginare che proprio per aver agito di proposito l'incapace debba

---

[4] *Retro,* Cap. II, n. 1 e Cap. IX, n. 1. Non vale per noi invece il criterio che opera per la *common law* in quei *torts* dove la prova dell'*intention* esime l'attore dalla necessità di dimostrare l'esistenza di un danno (*retro,* Cap. VIII, nota 23); vi è bensì il principio per cui l'incertezza sulla misura di un pregiudizio si ritorce tendenzialmente a sfavore di chi abbia arrecato la lesione di proposito (*retro,* Cap. III, nota 59), ma esso non porta argomenti a un tentativo volto a fare del danno una variabile che il dolo possa addirittura sostituire: è vero, del resto, che quegli esiti del diritto anglo-americano trovano spiegazione nella storia peculiare dei *torts* (sinteticamente, J. SMITH, *Tort and absolute liability - Suggested changes in classification,* in *Harv. law rev.,* 1916-17, p. 259), e che non pochi ne caldeggiano ormai la sistemazione sotto voci o entro istituti diversi dalla responsabilità civile.

esser condannato [5]; in qualche caso ciò potrà forse accadere [6], ma allora la presenza del dolo non tanto avrà portato a una responsabilizzazione dell'incapace, quanto sarà valsa a rivelare l'esistenza della capacità stessa (la quale, posto che non mancava, poteva quindi farsi scoprire per altre vie, e comunque anche nel caso di colpa, la quale darebbe così luogo normalmente alla responsabilità) [7]. Né alla diversa intensità del dolo potrà mutare, almeno d'abitudine [8], l'ammontare dell'equa indennità di cui all'art. 2047, 2° comma [9], dal momento che

---

[5] Cfr. PUCHTA, *Vorlesungen*, I, cit., p. 109; v. BONNOT, *Grundriss*, cit., p. 32; CROME, *System*, I, cit., p. 483; v. TUHR, *Der Allg. Teil des Deutsch. Bürg. Rechts*, II, 2, cit., p. 492; O. v. GIERKE, *Schuldrecht*, cit., p. 910; TITZE, *op. cit.*, p. 99; LARENZ, *Vertrag und Unrecht*, cit., p. 33; ID., *Bes. Teil.*, cit., p. 330; Alb. EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung*, cit., p. 233; SCHREIER, *Schuld und Unrecht*, cit., p. 15 s.; OFTINGER, *op. cit.*, p. 123 e p. 133 ss.; FAIRFAX-STONE, *Civil liability for damage caused by the insane: a comparative study*, in *Festschrift Rabel*, Tübingen, I, 1954, p. 403 ss., 411; STARCK, *Essai*, cit., p. 92.

[6] *Ellis* v. *D'Angelo*, 1953, e *Brown* v. *Dellinger*, 1962, in GREGORY e KALVEN, *Cases and materials on torts*, cit., pp. 23-24.

[7] Non è invece impossibile che, nell'ipotesi di un danno dolosamente arrecato, la mancanza di imputabilità faccia venir meno anche gli estremi per la responsabilità del sorvegliante, o per la condanna dell'incapace stesso all'indennizzo. Tale eventualità appare tuttavia ristretta ai soli casi in cui si possa accertare che, senza dolo, non vi sarebbe stato neppur danno, anche se l'agente fosse stato capace: ossia a quelli in cui, pur essendovi stato dolo in concreto, non vi è danno perché tale dolo proviene appunto da un non imputabile. Restano escluse dunque le figure in cui la colpa è titolo sufficiente di responsabilità, nonché l'intero campo della responsabilità oggettiva: e ancora tutte le situazioni in cui la necessità giuridica del dolo dipende da considerazioni relative all'accertamento della causalità, o all'indagine sull'ingiustizia del danno.

[8] Si vedano peraltro v. BONNOT, *Grundriss des Obligationenrecht*, cit., p. 35; HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, cit., p. 55; LEONHARD, *Besonderes Schuldrecht*, cit., p. 597 (« Von grosser Bedeutung müssen auch die übrigen Umstände sein, z.B. ob der Täter vorsätzlich gehandelt hat »); LARENZ, *Vertrag und Unrecht*, II, cit., p. 50; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 636 (« ... die bewiesene Bosärtigkeit »).

[9] Naturalmente, rimarrà sempre l'esigenza di accertare se l'incapace abbia agito con dolo oppure con colpa, per evitare che egli possa esser chiamato a corrispondere l'indennità — o il sorvegliante il risarcimento — in ipotesi nelle quali un soggetto capace, per aver agito solo colposamente, sarebbe invece dichiarato irresponsabile (cfr. LITTEN, *Recensione* a Traeger, *Der Kausalbegriff*, cit., p. 26; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *op. cit.*, p. 636; LEONHARD, *op. ult. cit.*, p. 597; LARENZ, *Besonderer Teil*, cit., p. 331; DEUTSCH, *Zurechnungsfähigkeit und Verschulden*, in *Juristen Zeitung*, 1964, p. 86 ss., 91; ESSER, *Schuldrecht*, II, cit., p. 394; oppure JOLOWICZ, in CLERK e LINDSELL, *On torts*, cit., p. 101).

tale norma permette al giudice di prendere in considerazione soltanto

---

Opera cioè la stessa *ratio* della regola generale secondo cui, anche nel caso di incapacità di intendere e volere, è necessario l'accertamento della colpa per l'ammissibilità dell'obbligo (DERNBURG, *Das bürgerliche Recht*, II, 1, cit., p. 167; KRÜCKMANN, *Verschuldensaufrechnung, Gefährdungsaufrechnung und Deliktsfähigkeit*, cit., p. 98; v. TUHR, *Partie générale*, I, cit., p. 343; TITZE, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 212; CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, cit., p. 41; BONASI BENUCCI, *La responsabilità civile*, cit., p. 49; Hans STOLL, *Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens*, cit., p. 138; SANTAMARIA, voce « *Colpevolezza* », in *Enc. del dir.* VI, 1960, p. 656; KANETI, *op. cit.*, p. 639; diversamente DI PRISCO, *Concorso di colpa*, cit., p. 373, che ritiene però anch'egli non « ammissibile che l'incapace di intendere e di volere, ai fini dell'indennità, risponda pure degli eventi accidentali »).

In senso critico circa la possibilità di un'indagine sul dolo con riferimento al non imputabile, DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, XXXI, cit., p. 422; UNGER, *System*, II, cit., p. 231; FERRINI, *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 789; MAIORCA, *Problemi della responsabilità civile*, Napoli, 1936, p. 52 ss.; ID., *Colpa civile*, cit., p. 559; BLANC-JOUVAN, *La responsabilité de l'« infans »*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1957, p. 32; PETROCELLI, *La colpevolezza*, 2ª ed., Milano, 1951, pp. 100-101; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité*, I, cit., p. 470; SCOGNAMIGLIO, voce « *Responsabilità civile* », cit., p. 640; BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità*, cit., p. 145; DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., p. 128.

Ma cfr., esattamente, LAURENT, *Principii*, XX, cit., § 445, p. 358; DESCHAMPS, *Dol et faute lourde des incapables dans les contrats*, in *Rev. crit. législ. jurispr.*, 1890, p. 300 s.; BOHLEN, *Liability in tort of infants and insane persons*, in *Mich. law rev.*, 1924, p. 9 s.; DEMOGUE, *Traité des obligations*, 1, V, cit., p. 535; LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 181; LITTEN, *op. ult. cit.*, p. 27; CASETTA, *op. cit.*, p. 54; M. GALLO, voce « *Capacità penale* », in *Noviss. dig. it.*, II, 1958, p. 888; PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, p. 342; GRISPIGNI, *La responsabilità giuridica del cosiddetto non imputabile*, in *Scuola pos.*, 1920, p. 6; SABATINI, *L'azione dell'incapace di intendere e di volere*, in *Riv. pen.*, 1934, I, p. 47; Cass. 16 aprile 1941, in *Giust. pen.*, 1942, II, p. 189; ALTAVILLA, *La condotta anomala nel diritto civile e nel diritto penale*, Torino, I, 1960, p. 204; PROSSER, *Handbook of the law of torts*, cit., p. 1029; DEUTSCH, *op. loc. ult. cit.*; SALMOND, *Law of torts*, cit., p. 76; C. F. GROSSO, voce « *Responsabilità penale* », in *Noviss. Dig. it.*, XV, 1968, p. 716; DEVOTO, *L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile*, cit., p. 87 ss.; CRESPI, voce « *Imputabilità (dir. pen.)* », in *Enc. del dir.*, XX, pp. 766-768; FLEMING, *An introduction*, cit., p. 31; GREGORY e KALVEN, *Cases and materials*, cit., p. 23; LATAGLIATA, voce « *Concorso di persone nel reato* », in *Enc. del dir.*, VIII, p. 577.

Non possono essere perciò condivise le critiche che una parte cospicua della nostra dottrina (richiami in VISINTINI, *La responsabilità civile*, cit., pp. 634-637 e in G. CATTANEO, *Il concorso di colpa del danneggiato*, cit., p. 465) rivolge alla giurisprudenza per l'applicazione che quest'ultima fa dell'art. 1227, 1° comma, anche all'ipotesi in cui il danneggiato sia incapace di

l'indice delle condizioni economiche delle parti [10].

3. I connotati che andiamo cercando, ossia indeterminabilità in astratto e variabilità secondo il grado di colpevolezza, sembrano invece chiaramente ravvisabili in quel termine del « fatto » che ha il primo posto nella formulazione dell'art. 2043.

La discussione al riguardo — dovendo il fatto contrapporsi alle conseguenze, nella sequenza che descrive la lesione [11] — appare legata

---

intendere e di volere (Cass. Sez. Un., 17 febbraio 1964, n. 351, in *Giur. it.*, 1964, I, c. 684; Cass. 21 aprile 1965, n. 702, in *Foro it.*, 1965, I, c. 890); e occorre invece concludere, per accennare ad un comportamento volontario del danneggiato, che la soluzione dell'irresponsabilità generalmente ammessa per il caso del conducente di un autoveicolo sotto le cui ruote qualcuno si getta a scopo suicida — irresponsabilità riconosciuta spesso anche quando il conducente procedesse a velocità sostenuta — debba essere mantenuta anche se il suicida era incapace di intendere e di volere (cfr. Höhn, *Allgemeines Schuldrecht,* cit., p. 47; Rother, *Haftungsbeschränkung im Schadensrecht,* cit., p. 90).

[10] Una soluzione diversa potrà aversi quando differente, a seconda del dolo o della colpa, sia la misura della responsabilità cui il danneggiante sarebbe stato assoggettato se fosse stato capace: non si tratta qui, infatti, di considerare il dolo sotto un profilo afflittivo o sanzionatorio, ma di vederlo invece come presupposto di un elemento che va senza dubbio preso in considerazione nel calcolo dell'idennità; né è certamente ammissibile che, dinanzi all'incapace, il punto di riferimento cessi di essere il danno giuridico, e diventi il danno economico, o che possano mutare le regole sui limiti della responsabilità. Si evita così di esporre l'incapace, il quale abbia agito « colposamente », ad un trattamento che la rinuncia ad ogni principio causale potrebbe rendere talvolta peggiore di quello tributabile al soggetto capace: e si mantiene, a favore della vittima del dolo, un rapporto di equilibrio con il risarcimento che essa avrebbe ottenuto di fronte a un soggetto imputabile.

[11] Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità,* cit., p. 18, nota 33, rimprovera Gorla, *Sulla cosiddetta causalità giuridica,* cit., p. 405 ss., per aver voluto contrapporre il « fatto » fonte di responsabilità alle ulteriori « conseguenze dannose » — « come se — argomenta R. — queste ultime fossero estranee al fatto dannoso da imputare al convenuto ». Va osservato, tuttavia, che quel che si tratta di imputare al convenuto non è già un « fatto dannoso », bensì il danno: e, se è indubbio che le conseguenze pregiudizievoli facciano parte del danno, non è detto che esse debbano fare parte anche del fatto, il quale per se stesso può benissimo essere economicamente indifferente (senza che ciò tronchi in partenza la possibilità di compiere il giudizio di responsabilità, come Realmonte riconosce del resto espressamente). In altri termini, la circostanza che quella distinzione sia destinata a svanire nel momento dell'imputazione, non può far perdere di vista il ruolo ch'essa ha assolto nell'indagine sui presupposti e sul contenuto dell'obbligo risarcitorio; e se si

strettamente al problema della causalità giuridica; e, a questo proposito, occorre subito rammentare quanto eravamo venuti osservando, nel corso del discorso, sul rapporto fra intenzionalità dell'azione dannosa e accertamento del nesso causale: allorché si diceva come anche un evento di natura insolita — tale, cioè, per essersi verificato a seguito di circostanze imprevedibili, ultronee rispetto alla condotta iniziale — debba ritenersi « causato » dall'agente, e porsi a suo carico, laddove risulti che quest'ultimo aveva potuto in realtà sapere o prevedere l'esistenza di quelle circostanze, scontandone la futura incidenza al momento di entrare in azione [12].

Il solo dubbio lasciato allora aperto era se un risultato del genere potesse giustificarsi alla luce dei principi accolti dal nostro ordinamento in tema di causalità. Ma la riserva può esser sciolta adesso, in senso positivo, attraverso la semplice considerazione che, se quell'esito non è previsto testualmente, non vi è però nemmeno alcun articolo che lo vieti o lo escluda in modo espresso: nel codice civile esiste una disciplina sui limiti della responsabilità [13] (artt. 1223 e

---

ammette che essa comporti il rinvio a due diversi criteri con cui compiere le rispettive analisi (sul fatto e sulle conseguenze), diventa nominalistico il ripudio di una terminologia che si limita a scandire quella differenza.

Il vero è che, con riferimento all'art. 2043, il termine fatto può usarsi, in crescendo, con quattro diversi significati: 1) fatto umano contrapposto ad evento; 2) fatto doloso o colposo, comprensivo almeno dell'evento primo, dannoso o non dannoso, e contrapposto agli eventi la cui imputabilità causale andrà definita sulla base dell'art. 1223; 3) fatto dannoso, che comprende tutti i danni cagionati; 4) fatto illecito. Di queste quattro accezioni, la prima ha valore solo in funzione della seconda contrapposizione, che corrisponde al momento del giudizio risarcitorio in cui avviene effettivamente l'indagine causale; la terza versione mantiene un timbro eziologico in una fase in cui si può ormai parlare di « danno » (astrattamente imputabile); la quarta torna ad avere un chiaro valore pratico, ma in direzioni che non hanno già più nulla a che fare con la prospettiva causale.

[12] *Retro,* Cap. II, n. 7 e Cap. III, n. 4. E comunque v. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts,* cit., p. 120; Antolisei, *Il rapporto di causalità,* cit., p. 115 ss. e p. 185 ss.

[13] Così già Venzi, *Note* a Pacifici Mazzoni, Istituzioni, IV, cit., p. 361; Carnelutti, *Il danno e il reato,* cit., p. 76.

Per la natura causale dell'art. 1223, soprattutto Forchielli, *Il rapporto di causalità,* cit., p. 23; Id., *Anatomia dell'illecito civile,* in *Riv. dir. civ.*, 1963, II, p. 599 ss., 604; di sfuggita Messineo, *Manuale,* V, cit., p. 558; Santosuosso, *Il risarcimento per l'uccisione del religioso,* Milano, 1965, p. 16. V. anche F. Leone, *Nesso causale tra colpa e danno,* cit., p. 601; Scribano, *Trattato della malafede,* cit., p. 354; Barbero, *Sistema,* II, cit., p. 64 e p. 844.

segg.), mentre manca un'effettiva normativa sul nesso eziologico [14], e quanto alle disposizioni del codice penale, anche ammessa la loro applicabilità al campo aquiliano [15], nessun ostacolo può rinvenirsi nelle

---

In senso opposto, con particolare fermezza, REALMONTE, *op. cit.*, p. 23 e p. 27, nota 51. Oppure M. BARCELLONA, « *Scopo della norma violata* », cit., p. 313, testo e nota 6; RUFFOLO, *Il problema della responsabilità vicaria*, cit., p. 890. Si veda, ad ogni modo, BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 226, nota 1.

[14] A parte, ben s'intende, l'art. 1227, 1° comma, che non soltanto regola però un'ipotesi particolare, ma fornisce anche una soluzione estremamente elastica: e in ogni caso, è proprio questa una delle norme attraverso cui si giunge ad ammettere una rilevanza del dolo nel giudizio di causalità (*retro*, Cap. III, n. 2). Quanto all'art. 1221, 1° comma, sul quale tanto insiste FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 92 ss., ci pare che l'opportunità di non adottarne un'interpretazione estensiva risulti proprio da un esame delle soluzioni poco eque — come Forchielli sarà il primo a riconoscere, nell'ultimo capitolo del suo lavoro, benché limitandosi ad affidare al futuro legislatore il compito di temperare quegli eccessi — che deriverebbero da un'applicazione indiscriminata di tale norma all'ambito aquiliano (cfr. al riguardo anche le osservazioni di F. LEONE, *Nesso causale*, cit., p. 104; e già M. RÜMELIN, *Die Verwendung der Causalbegriffe*, cit., p. 104). Sulla generalità del principio stabilito nella seconda parte del 1° comma dell'art. 1221, insiste particolarmente BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 235.

[15] L'ammettono, fra gli altri, FERRARA SANTAMARIA, *Introduzione allo studio dei contratti a danno dei terzi*, in *Riv. dir. priv.*, 1940, I, p. 94 ss., 109 ss.; GIUSIANA, *Il concetto*, cit., p. 69; BONASI BENUCCI, *Atto illecito e concorrenza sleale*, cit., p. 600; CASETTA, *L'illecito*, cit., p. 18; ALESSI, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, cit., p. 8; MESSINEO, *Manuale*, V, cit., p. 557; M. L. RUFFINI, *L'equiparazione « fatto dell'incapace-fortuito » come preteso fondamento dell'irrilevanza del comportamento concorrente dell'incapace danneggiato*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, p. 131 ss., 134 s.; SCOGNAMIGLIO, voce « *Responsabilità civile* », cit., p. 650; VISINTINI, *La responsabilità civile*, cit., p. 609. In giurisprudenza, con particolare riguardo all'art. 41 cod. pen., si vedano ad esempio Cass. 17 dicembre 1973, n. 3420, in *Giust. civ.*, *Rep.*, 1973, voce « *Responsabilità civile* », n. 49; Cass. 7 novembre 1972, n. 3460, in *Giur. it.*, *Rep.*, 1972, voce cit., n. 21; Cass. 30 maggio 1972, n. 1730, in *Foro it.*, *Rep.*, 1972, voce cit., n. 50; Cass. 19 giugno 1972, n. 1952, in *Foro it.*, *Rep.*, 1972, voce cit., n. 45; Cass. 10 giugno 1968, n. 1836, in *Giust. civ.*, *Mass.*, 1968, p. 933; Cass. 5 ottobre 1964, n. 2499, in *Giur. it.*, 1965, I, 1, c. 200. In generale anche KOHLER, *Schuldrecht*, cit., p. 472; O. v. GIERKE, *Schuldrecht*, cit., p. 74, nota 44; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 22.

Diversamente, TILSCH, *Del nesso causale nel diritto civile*, cit., p. 614; oppure DERNBURG, *Das bürg. Recht.*, II, 1, cit., p. 77, nota 11; LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 144; STOLL-FELGENTRAEGER, *Vertrag und*

formule assai generiche degli artt. 40 e 41 [16].

Il vero è che la materia della causalità — tranne i casi regolati in modo espresso, e che sono però una minoranza — è rimasta affidata in larga parte alla competenza dell'interprete [17], soggetta soprat-

---

Unrecht, cit., p. 194; HEDEMANN, *Schuldrecht*, cit., p. 345; da ultimo, Eike SCHMIDT, *Grundlagen des Haftungs-und Schadensrechts*, cit., p. 509.

[16] Cfr. REALMONTE, *Il problema*, cit., p. 174 ss.; e si rivedano le conclusioni di ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 174 s. e p. 221. Sul carattere pleonastico delle affermazioni contenute nell'art. 41 cod. pen., da ultimo, FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, I, cit., p. 51.

[17] Nella letteratura meno recente, DERNBURG, *Pandette*, II, cit., pp. 180-181; ID., *Das bürgerliche Recht*, II, 1, cit., p. 74; KRASNOPOLSKI, *Österreichisches Obligationenrecht*, cit., p. 168; CROME, *System*, I, cit., p. 478 (« Die Grenze hat das Gericht im Nothfalle nach freiem Ermessen zu bestimmen. Massgebend ist dafür die allgemeine vernünftige Lebensausfassung »); RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlin, 1903, p. 17 (« Es bleibt also nur das individuelle Rechtsgefühl, individuelle... Werturteile und Willensentscheidungen... »); MAYR, *Lehrbuch*, I, cit., pp. 274-275; v. TUHR, *Partie générale*, I, cit., p. 83; v. BONNOT, *Grundriss des Obligationenrechts*, cit., p. 29 (« Der Begriff der Ursache ist kein Rechtsbegriff, sondern ein Begriff des gewöhnlichen Lebens »); CHARMONT, *Les transformations du droit civil*, cit., p. 236; MÜLLER, *Die Bedeutung*, cit., p. 4; Otto v. GIERKE, *Schuldrecht*, cit., p. 74, nota 44; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 30 (« Die schwierige Frage aber, wieweit der Kausalzusammenhang reiche, wird durch abstrakte Regeln nie völlig erschöpfend beantwortet werden können, sondern ist in Zweifelsfällen unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung durch den Richter festzustellen... »).

In seguito, tra gli altri, ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 207; ID., *L'obbligo di impedire l'evento*, cit., p. 114; Albert EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung im Schadensersatzrecht*, cit., p. 95 (« Jede Kausalitätstheorie ist gesetzfremd »); PACCHIONI, *Dei delitti e quasi-delitti*, cit., p. 143; PIRSON-DE VILLÉ, *Traité*, II, cit., p. 43; STOLL-FELGENTRAEGER, *Vertrag und Unrecht*, cit., pp. 195-196 (« Der Richter hat unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu entscheiden... Die rechtspolitische Würdigung muss dazu führen, die Haftung für eine verursachte Schädigung auf Fälle zu begrenzen, in denen nach allgemeiner Lebenserfahrung eine Haftung unserem Rechtsgefühl entspricht »); P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *Droit civil français*, VI, cit., pp. 486-487; DISTASO, *Le obbligazioni in generale*, cit., p. 407; BRASIELLO, *I limiti*, cit., p. 354; ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 61; COLYER, *A modern view*, cit., p. 68; RAVAZZONI, *La riparazione*, cit., p. 98; SCOGNAMIGLIO, voce « *Responsabilità civile* », cit., p. 651.

Si vedano poi le conclusioni dello stesso FORCHIELLI, *Il rapporto*, cit., il quale, se da un lato critica l'atteggiamento di chi si limita a confessare il proprio scetticismo sul valore di ogni teoria generale in questo campo (p. 4 ss.), finisce d'altra parte per riconoscere che « si deve al buon senso dei giudici e ad una certa spregiudicatezza della dottrina se, nella gran parte dei casi, sono

tutto alle leggi della ragione: e quest'ultima, per fare un solo esempio, esige senza dubbio che, se Tizio uccide Caio per impedirgli di portare la medicina necessaria a salvare la vita di Sempronio, Tizio stesso debba rispondere anche per la sopravvenuta morte di costui [18] (responsabilità che verrebbe meno se l'uccisione di Caio fosse colposa, o avvenisse — pur dolosamente — per motivi indipendenti da Sem-

---

state evitate soluzioni concrete scopertamente aberranti » nell'applicazione della teoria della *conditio sine qua non* (p. 132).

In termini ancor più espliciti, GREEN, *Rationale of proximate cause,* cit., p. 77 e p. 121; ID., *The Palsgraf case,* cit., p. 789 ss.; ID., *Foreseeability in negligence law,* cit., p. 1420-1424; PROSSER, *Handbook,* cit., p. 119; BLOUSTEIN, *Recensione* a Harari, The place of negligence in the law of torts, (Melbourne, 1962), in *New York Un. law rev.,* 1963, p. 798; FLEMING, *An introduction,* cit., p. 119; ELLIS LEWIS, *Recensione* a Fleming, op. cit., in *Cambr. law journ.,* 1967, p. 278; PAYNE, *Negligence and interests,* in *Mod. law rev.,* 1955, p. 43 ss.; ID., *Foresight and remoteness,* cit., p. 21; DIAS, in CLERK e LINDSELL, *On torts,* cit., p. 173, p. 185 e p. 487 (« Absence of precision is not only inevitable but up to point desirable »).

Significativo è inoltre il riconoscimento di alcuni scrittori — ad esempio LITTEN, *Recensione* a Traeger, Der Kausalbegriff, cit., p. 16; PLANCK (-SIBER), *Kommentar,* cit., p. 73 ss.; LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht,* cit., p. 161; DEUBNER, *Kausalität und Verantwortlichkeit,* cit., p. 562 — secondo cui è stato ed è bene che la giurisprudenza tedesca continui a seguire i criteri della causalità adeguata, benché tale teoria non possa affatto dirsi accolta nel BGB: cfr. pure NEITZEL, *Specific performance, injunctions, and damages in the german law,* in *Harv. law rev.,* 1908-09, p. 161 ss., 176; HECK, *Grundriss des Schuldrechts,* cit., p. 43; W. WUSSOW, *Systematik des Haftpflichtrechts,* cit., p. 22; LEHMANN, *Begrenzung der Rechtswidrigkeit unter vergleichender Berücksichtigung des schweizerischen Rechts,* in *Festschrift Hedemann,* Berlin, 1958, p. 175 ss., 187; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil,* cit., p. 1275; Hermann LANGE, *Begrenzung der Haftung,* cit., p. 10 ss.; STAUDINGER (-WERNER), *op. cit.,* p. 18 ss.; SOERGEL (-Reimer SCHMIDT), *op. cit.,* § 249, Bem., 18 ss.; ALFF, *op. cit.,* Vor § 249, 14; WEITNAUER, in *Festschrift Oftinger,* cit., p. 329; per la Svizzera, analogamente, v. TUHR, *Partie générale,* I, cit., p. 82; BECKER, *Kommentar,* VI, 1, cit., p. 208 s.

Altro discorso sarebbe, ovviamente, quello di chi pretendesse di giustificare il proprio disinteresse per i problemi della causalità sulla base di tale riconosciuta difficoltà a ritrovare principi sufficientemente generali e sicuri. Cfr. i chiari rilievi di REALMONTE, *Il problema,* cit., p. 30 s. Ma già DERNBURG, *Lehrbuch des Preuss. Privatrechts,* II, cit., p. 175; F. LEONE, *Nesso causale,* cit., p. 578. Oppure GOODHART, *The « last opportunity » rule,* in *Law quart. rev.,* 1949, p. 237 ss., 248; HART e HONORÉ, *Causation in the law,* cit., p. 87 e p. 89 ss.

[18] DEMOGUE, *Traité des obligations,* 1, IV, cit., p. 13 (e ivi, nota 3, richiami di giurisprudenza).

pronio). Naturalmente, è possibile trovare qualche esempio in cui un evento fuori dell'ordinario, benché voluto o agevolato dall'autore, non è in concreto imputabile a quest'ultimo [19]: ma ciò che conta, in que-

---

[19] HART e HONORÉ, *op. cit.,* p. 371. Così, non sarà responsabile chi, trattenendo anche dolosamente e con violenza un bagnino, gli impedisce di soccorrere un nuotatore inesperto, laddove risulti che il bagnino era già per un'altra causa impossibilitato a compiere il soccorso (REALMONTE, *op. cit.,* p. 101, testo e nota 103); né chi, desiderando disfarsi di un nipote per ereditarne le sostanze, lo incarichi di raggiungere un paese vicino, passando attraverso la gola di un monte dove cadono qualche rara volta delle valanghe — nel caso in cui una valanga travolga davvero il nipote (ANTOLISEI, *op. ult. cit.,* p. 233; oppure FORCHIELLI, *Responsabilità civile,* I, cit., p. 76; l'esempio è di TRAEGER, *op. ult. cit.,* p. 8, sul quale MÜLLER, *Die Bedeutung,* cit., p. 37 e p. 58, concorde, sia pur con diverse motivazioni, con la soluzione dell'irresponsabilità che T. propone anche per il caso in cui lo zio fosse riuscito a far morire il nipote inducendolo ad inoltrarsi durante un temporale in un bosco dove un fulmine è poi stato fatale; cfr. parimenti HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung,* cit., p. 186).

D'altro canto, se A, falsamente e fraudolentemente, dice a B che il tesoriere di una compagnia in cui B sta per effettuare investimenti è onesto, non è responsabile verso B — pur se la bugia è stata detta per spirito di vendetta verso quest'ultimo — del danno provocato dall'illecita malversazione del tesoriere, allorché sia provato che la notizia della disonestà di tale soggetto non avrebbe dissuaso B dall'investimento (*Restatement of torts,* IV, cit., § 870, ill. 10). Anche un evento non straordinario, quando sia dovuto al concorso di circostanze assorbenti rispetto al contributo di chi ha pur cercato di arrecarlo, potrà del resto non essere imputabile a quest'ultimo: ad esempio, il giornalista che diffama un candidato alle elezioni non è necessariamente responsabile della mancata rielezione della vittima (Trib. Roma, 5 febbraio 1959, in *Temi Romana,* 1959, p. 86, su cui VISINTINI, *La responsabilità civile,* cit., p. 57).

Tra i casi incerti o più discussi, si possono ricordare quello di chi ha lanciato un sasso che, ferendo un malato di emofilia, ne ha poi determinato la morte (nel senso dell'irresponsabilità, GAUDEMET, *Théorie générale des obligations,* cit., p. 322; ANTOLISEI, *op. cit.,* p. 236; a quanto pare, per l'ipotesi di colpa, DEUTSCH, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt,* cit., p. 392; diversamente, ad ogni modo, M. RÜMELIN, *Die Verwendung,* cit., p. 47, p. 53 e p. 97; LOY, *Applicazione giuridica,* cit., p. 122; LINDENMAIER, *Adäquate Ursache und nächste Ursache,* in *Zeitschr. für das ges. Handels- und Konkursrecht,* 1950, p. 228; DABIN-LAGASSE, in *Rev. crit. jurispr. belge,* 1959, p. 317; STREET, *The law of torts,* cit., p. 145); o, ancora, quello di A e B i quali, ciascuno per proprio conto e ignorando l'iniziativa dell'altro, versano nel bicchiere di C metà della dose di veleno che è necessaria per uccidere un uomo (se C beve e muore, A non dovrebbe essere responsabile, e B dovrebbe esserlo, in base ai principi consueti; così HART e HONORÉ, *op. cit.,*

sta sede, è rilevare come un'incidenza del dolo sulla causalità possa comunque aver luogo in certi casi [20].

4. Orbene, è indubbio che la possibilità di cui si discorre non può mancare di avere un qualche riscontro nel testo dell'art. 2043, dal momento che questa disposizione si è proposta di fissare tutti gli elementi necessari per la responsabilità, fra cui rientra appunto anche il nesso causale. Parrebbe, allora, che la parte interessata debba esser quella in cui si parla del fatto di qualcuno che « causa » ad altri un danno ingiusto. Ma è facile accorgersi come questo termine, proprio per la posizione che gli è assegnata nella frase, esprima piuttosto la necessità della presenza di un legame tra il pregiudizio lamentato dalla

p. 436, che si affrettano però a dichiararsi insoddisfatti di una tale soluzione). Per qualche altra illustrazione, *retro,* Cap. II, nota 55.

[20] Cfr. *retro,* Cap. II, n. 7, cui *adde* TRAEGER, *Der Kausalbegriff,* cit., p. 45, per il quale chi ha abbreviato la vita di un moribondo, propinandogli una dose eccessiva di medicina, sarà o meno responsabile a seconda che abbia agito con dolo oppure con colpa (così anche LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht,* cit., p. 143); *Restatement of torts,* IV, cit., § 870, ill. 4, secondo cui, se A ha acceso un fuoco che può minacciare il fondo di B solo con l'aiuto di un uragano, e l'ha acceso in odio a B proprio sperando che si levi un vento di quella forza, A sarà responsabile se il piano è andato a buon fine; HART e HONORÉ, *Causation in the law,* cit., p. 159, per i quali risponderà di omicidio chi ha legato e abbandonato al suolo qualcuno, avendo fondate ragioni per credere che entro un'ora un grosso albero si sarebbe abbattuto sul posto, oppure chi ha persuaso un altro a dormire in una casa alla quale egli sapeva che un terzo intendeva appiccare fuoco quella stessa notte, o ancora chi ha espulso illegalmente dal suo locale qualcuno che egli sapeva essere atteso all'esterno da terzi decisi a compiere un'aggressione (*Yashar* v. *Yakovac,* 1944, *ivi,* p. 160); P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.,* p. 431, nota 16-2, che ricorda una decisione (Bourges 16 février 1950, in *Dalloz,* 1950, p. 405) in cui fu condannata una donna che aveva lasciato il marito partire in viaggio con il di lei amante, pur sapendo che quest'ultimo aveva intenzione di assassinarlo; PROSSER, *op. cit.,* p. 48, nota 72, per il caso di chi comunica per scherzo ad una donna che il di lei marito si è spezzato entrambe le gambe in un incidente, e la invita a prendere con sé due cuscini e a riportarlo a casa in taxi (*Wilkinson* v. *Downton,* 1897, anche in THROCKMORTON, *Damages for fright,* cit., p. 261, o in MAGRUDER, *Mental and emotional disturbance,* cit., p. 1045; analogamente *Janvier* v. *Sweeney,* 1919 — in GOODHART, *Shock cases and the area of risk,* in *Mod. law rev.,* 1953, p. 14 ss., 18; oppure WRIGHT, *Cases on the law of torts,* cit., p. 23 — ove un investigatore privato, per poter mettere le mani su certe lettere, aveva fatto credere ad una ragazza che il di lei fidanzato fosse una spia tedesca, provocandole uno *shock* nervoso;

vittima e l'evento prodottosi a seguito della condotta dell'agente [21]: escludendo, cioè, che possa richiedersi, a titolo di risarcimento, un ammontare maggiore di quello che risulta dal raffronto [22] tra la situa-

v. anche *Bielitski* v. *Obadiak,* 1922, in GREGORY e KALVEN, *Cases and materials,* cit., p. 959).

[21] GIUSIANA, *Il concetto,* cit., pp. 60-61; SCHLESINGER, *La « ingiustizia » del danno,* cit., p. 347.

[22] Malgrado le critiche di cui ripetutamente è stata fatta oggetto — dapprima in considerazione dell'istituto della *compensatio lucri cum damno,* e poi anche della causalità ipotetica, e del danno morale (OERTMANN, *Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht,* Berlin, 1901, p. 6; ID., *Das Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 27; WALSMANN, *Compensatio lucri cum damno,* Rostock, 1900, p. 10; NEUNER, *Interesse und Vermögensschaden,* cit., p. 277 ss.; NEUMANN, *Der Zivilrechtsschaden,* cit., p. 277 ss.; Albert EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung,* cit., pp. 171-172; SIEG, *Schadensersatz und Versorgung,* in *Juristen Zeitung,* 1954, p. 337 ss., 339; LARENZ, *Die Berücksichtigung hypothetischen Schadensursachen bei der Schadensermittlung,* in *NJW,* 1950, p. 487 ss., 492; ID., *Lehrbuch,* I, cit., p. 107 ss.; ID., *Vertrag und Unrecht,* cit., II, p. 84 s.; NIEDERLÄNDER, in *AcP,* 1954, cit., p. 53; ZEUNER, *Zum Problem der überholenden Kausalität,* in *AcP,* 1958-59, p. 441 ss.; ID., *Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschaden, ivi,* 1963-64, p. 380 ss.; BÖTTICHER, *Zur Ausrichtung,* cit., p. 406; NÖRR, in *AcP,* 1959-60, cit., p. 5 s.; KASER, *Der römische Anteil am deutschen bürgerlichen Recht,* in *JuS,* 1967, p. 337 ss., 344; HAGEN, *Fort- oder Fehlentwicklung des Schadensbegriffs,* in *JuS,* 1969, p. 362 ss.; ID., *Die Drittschadenliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik,* Frankfurt a.M., 1971, p. 151 ss.; HONSELL, *Herkunft und Kritik des Interessenbegriffs im Schadensersatzrecht,* in *JuS,* 1973, p. 69 ss.) — la *Differenztheorie* appare ancora dominante in Germania, in Austria e in Svizzera. Le formulazioni iniziali sono, com'è noto, di MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse,* cit., p. 3 ss.; e successivamente, tra gli altri, PUCHTA, *Vorlesungen,* I, cit., p. 18; STOBBE, *Handbuch,* III, cit., p. 384; WINDSCHEID, *Pandette,* II, cit., p. 37; v. KIRCHSTETTER, *Commentar,* cit., p. 568; COHNFELD, *Die Lehre vom Interesse nach römischem Recht,* Leipzig, 1965; HASENÖHRL, *Österreichisches Obligationenrecht,* II, cit., p. 266; MATAJA, *Das Recht des Schadensersatzes,* cit., p. 135 ss.; CROME, *Teorie fondamentali,* cit., p. 93; DERNBURG, *Pandette,* II, cit., p. 174, testo e nota 5. Dopo l'entrata in vigore del BGB, e sulla base della formulazione del § 249, ENDEMANN, *Lehrbuch,* I, cit., p. 723; BURCHARD, *Allgemeiner Teil,* cit., p. 89; KUHLENBECK, *Das bürgerliche Gesetzbuch,* I, cit., p. 171; v. BONNOT, *Grundriss,* cit., p. 34; FISCHER, *Der Schaden,* cit., p. 21 ss., 26 e 33; ID., *Bereicherung und Schaden,* in *Festschrift Zitelmann,* München u. Leipzig, 1913, p. 10 ss.; v. TUHR, *Partie générale,* I, cit., p. 69; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 27; RABEL, *op. ult. cit.,* II, p. 57; LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht,* cit., p. 136; HECK, *Grundriss,* cit., p. 37; KRESS, *Allgemeines Schuldrecht,* cit., p. 287; HÖHN, *op. cit.,* p. 28; STOLL-FELGENTRAEGER, *op. cit.,*

zione patrimoniale dell'offeso prima e dopo l'evento lesivo, e anticipando nel contempo il rinvio che l'art. 2056 farà successivamente agli artt. 1223 e segg.

---

p. 232; Titze, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 35; Becker, *Commentar*, VI, 1, cit., p. 203. In particolare, per la replica a Walsmann, Planck (-Siber), *Kommentar*, cit., p. 67 e Müller, *Die Bedeutung*, cit., p. 83 ss.; ad Oertmann, Bydlinski, *Probleme der Schadensverursachung*, cit., p. 21; a Neuner, Enneccerus-Lehmann, *op. cit.*, p. 83 e Tedeschi, *Il danno e il momento della sua valutazione*, cit., p. 273 ss. Recentemente, ancora, Knappe, *Das Problem der überholenden Kausalität*, cit., p. 80 s.; Guhl, *op. cit.*, p. 70; Rudolf Schmidt, *op. cit.*, II, p. 16; Oftinger, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, cit., p. 41 ss.; Molitor, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 33; v. Caemmerer, *Das Problem der überholenden Kausalität*, cit., p. 416; Rother, *Haftungsbeschränkung*, cit., p. 205; Fikentscher, *Schuldrecht*, cit., p. 240 e p. 603; v. Büren, *op. cit.*, pp. 42-43; Gschnitzer, *Bes. Teil.*, *cit.*, p. 143; Koziol-Welser, *op. cit.*, p. 184; Venzmer, *Mitverursachung und Mitverschulden*, cit., p. 28; Erman (-Sirp), *Handkommentar*, cit., p. 439; Weitnauer, *Remarques*, cit., p. 818 ss.; Detlefesen, *Schadensersatz für entgangene Gebrauchsvorteile*, Karlsruhe, 1969, p. 33 ss.; Soergel (-Reimer Schmidt), *Komm.*, §§ 249-253, Bem. 3; Staudanger (-Werner), *op. cit.*, p. 9 ss. (la rettifica di p. 52 riguarda solo l'inopportunità di guardare al « patrimonio » come termine di riferimento); Esser, *Schuldrecht*, I, cit., p. 279 ss.; Eike Schmidt, *Grundlagen*, cit., p. 580; Alff, *op. cit.*, Vor. § 249, 2; Jürgen Schmidt, *Versorge Kosten und Schadensbegriff*, in *JZ*, 1974, p. 73 ss., 79. Il problema è però sempre al centro di un dibattito che non accenna a placarsi, pur se le distanze tra concezione « astratta » e « concreta » del danno si sono notevolmente avvicinate, rispetto alle contrapposizioni frontali dei primi decenni di questo secolo: tra i contributi migliori, apparsi nell'ultimo periodo, Steindorff, *Abstrakte und konkrete Schadensberechnung*, in *AcP*, 1959-60, p. 431 ss.; Selb, *Schadensbegriff und Regressmethoden*, Heidelberg, 1963; Bernert, *Die Leerformel von der « Adaequanz »*, in *AcP*, 1969, p. 421 ss., 434 s.; ancora Jürgen Schmidt, *Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung*, cit., p. 88 ss.; Thiele, *Gedanken zur Vorteilsausgleichung*, in *AcP*, 1967, p. 193 ss.; Mertens, *Der Begriff des Vermögensschadens*, cit.; Grunsky, *Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens*, Bad Homburg-Berlin-Zürich, 1968; Larenz, *Der Vermögensbegriff im Schadensersatzrecht*, in *Festschrift Nipperdey*, München u. Berlin, I, 1965, p. 489 ss.; Möller, in *Festschrift Prölss*, cit., p. 241 ss.; ancora Larenz, in *VersR*, 1963, cit., p. 1 ss.; Neuwald, *Der zivilrechtliche Schadensbegriff und seine Weiterentwicklung in der Rechtsprechung*, München, 1968; Zeuner, *Gedanken zum Schadensproblem*, in *Gedächtnisschrift für R. Diez*, München, 1973, p. 59 ss.; Hagen, *Zusammenhänge zwischen Schadens- und Bereicherungsrecht*, in *Festschrift Larenz*, München, 1973, p. 867 ss.

Per l'Italia, in senso critico verso la *D. t.*, soprattutto Giusiana, *Il concetto*, cit., p. 105 ss.; Ravazzoni, *La riparazione*, cit., p. 36 ss.; Scognamiglio, *Il danno morale*, cit., p. 282; Id., voce « *Risarcimento del danno* », cit., p. 7;

Nel nostro caso, invece, quel che importa è il collegamento, eziologicamente e concettualmente anteriore, tra i due momenti della condotta e dell'evento: la rilevanza del dolo si esplica infatti non già nel saldare la morte di Sempronio al danno che subiscono i suoi congiunti, quanto nel creare un nesso giuridico fra l'azione di Tizio, consistente nell'uccisione di Caio, e l'evento rappresentato dalla morte di Sempronio. A meno di non voler immaginare che la parola « danno » sia stata usata in senso atecnico dall'art. 2043 — e cioè come termine comprensivo di alcuni eventi naturalistici, o nel significato di « evento dannoso » [23] — occorre allora concludere che l'elemento entro il quale va riportata la relazione in esame si identifica proprio con il fatto.

Id., *Appunti sulla nozione di danno*, cit., p. 469 ss. Favorevolmente, nella letteratura più antica, Venezian, *Danno e risarcimento*, cit., p. 40; Polacco, *Le obbligazioni*, cit., p. 577; in seguito Tedeschi, *op. ult. cit.*, p. 254 ss.; L. Coviello jr., *L'obbligazione negativa*, II, cit., p. 94; Pacchioni, *Dei delitti e quasi-delitti*, cit., p. 108; Scialoja, *Negozi giuridici*, cit., p. 368; recentemente, P. Trimarchi, *Condizione sine qua non*, cit., p. 1438; Barassi, *Le obbligazioni*, II, cit., p. 423; Devoto, *L'imputabilità*, cit., p. 59; Rescigno, *Libertà del « trattamento » sanitario e diligenza del danneggiato*, in *Studi in onore di A. Asquini*, IV, Padova, 1965, p. 1637 ss., 1640; Id., *Manuale*, cit., p. 645; Carbone, *Il fatto dannoso*, cit., p. 221 ss., specialmente p. 236; Salv. Romano, voce « *Principio di equità (dir. priv.)* », in *Enc. del dir.*, XV, 1966, p. 83 ss., 97; Jemolo, *Il danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, II, p. 104 e nel vol. *Gli occhiali del giurista*, cit., p. 544; Schlesinger, *op. ult. cit.*, p. 346, testo e nota 28; Rodotà, *Il problema*, cit., p. 113, nota 76; Bianca, *Dell'inadempimento*, cit., p. 226, nota 2.

Formule simili a quelle dei seguaci della citata teoria non sono infrequenti anche presso gli scrittori di *common law*: ad esempio, *Restatement of torts*, IV, cit., § 924, comment *c*, p. 633; Winfield e Jolowicz, *On tort.*, cit., p. 571. Nella letteratura scandinava, da ultimo, Routamo, *What constitutes a traffic accident*, cit., p. 160.

[23] Così invece Forchielli, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 25; Sasso, *Causalità e concorso di colpe*, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, c. 1309 ss., 1313. In senso analogo, pur senza attribuire un particolare significato alla definizione, Müller, *Die Bedeutung*, cit., p. 10; Bonasi Benucci, *La responsabilità civile*, cit., p. 22; P. Greco, *op. cit.*, p. 426; Maiorca, *Colpa civile*, cit., p. 558; Messineo, *Manuale*, V, cit., p. 560; Casetta, *L'illecito*, cit., p. 17; Germann, *Zur Grenze von Recht und Unrecht*, in *Festschrift Fritz v. Hippel*, cit., p. 145 ss., 151; Ziccardi, *L'induzione*, cit., pp. 148-149. Si vedano comunque, esattamente, Antolisei, *L'offesa e il danno*, cit., pp. 52-53 (con qualche contraddizione solo a p. 59, nota 1); Schlesinger, *op. ult. cit.*, p. 346; Ravazzoni, *op. ult. cit.*, p. 34; Luminoso, *La tutela*, cit., p. 68, nota 13.

5. A prima vista, può lasciar forse sorpresi l'idea di una maggiore o minor ampiezza, a seconda del dolo o della colpa, per un elemento che sembrerebbe appartenere al mondo dei fenomeni esterni: ma la sorpresa è di breve durata ove si consideri che il fatto, al di là delle apparenze, non è davvero un *quid in rerum natura* [24], e ancora meno uno nozione individuabile *a priori,* tale ad esempio da potersi far coincidere, una volta per sempre, con l'azione escluso l'evento, o con l'azione insieme a tutti gli eventi di una certa sequenza [25]. In realtà, come si è osservato, ogni fatto non è « che una serie di eventi, fra cui eventualmente anche l'azione dell'uomo: o, se si vuole, un insieme di eventi (azioni, conseguenze) e di situazioni (che derivano anch'esse da eventi) »; è cioè « un concetto che la nostra mente costruisce, isolando... nel moto continuo del divenire, in cui tutto è evento o serie di eventi e quindi di conseguenze, una parte degli eventi stessi e unificandoli » [26]. Naturalmente questa sintesi verrà sempre compiuta in vista di un determinato interesse pratico, teorico o storico [27], interesse che nel campo del diritto, e segnatamente in materia di danno, è appunto costituito dal titolo che si vuol assegnare volta a volta alla responsabilità [28]: ossia da quel che si è deciso debba esservi — inadempimento, negligenza, custodia, proprietà dell'edificio, etc. — perché un certo soggetto possa esser chiamato a rispondere del danno subito da altri [29].

---

[24] Cfr. HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung,* cit., p. 196; GIUSIANA, *Il concetto,* cit., p. 64; REALMONTE, *Il problema,* cit., p. 45.

[25] TERRY, *Proximate consequences in the law of torts,* cit., p. 10; SCHREIER, *Schuld und Unrecht,* cit., p. 52.

[26] GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica,* cit., p. 410, al quale si richiama anche M. L. RUFFINI, *op. ult. cit.,* p. 139. Cfr. del resto ENDEMANN, *op. cit.,* I, p. 739; LARENZ, *Besonderer Teil,* cit., p. 326; ARMITAGE, in CLERK e LINDSELL, *On torts,* cit., p. 45 ss.

[27] MAIORCA, *Colpa civile,* cit., p. 556; ID., *Fatto giuridico - Fattispecie,* in *Noviss. dig. it.,* VII, 1961, p. 119; RAVAZZONI, *op. cit.,* p. 35. In generale, ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità,* cit., p. 185.

[28] MÜLLER, *Die Bedeutung,* cit., p. 140 (« Welche Kausalverläufe in den verschiedenen Haftungsfällen die Haftung auslösen und ausfüllen, bestimmt sich aber ausschliesslich nach der Eigenart der Zwecke, zu welchen im konkreten Falle der in haftungauslösender Weise ausfallende Zustand dem durch die Haftung Geschützten dienen sollte »).

[29] Rilievi analoghi in PETROCELLI, *L'antigiuridicità,* cit., p. 136; e si veda BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung,* cit., p. 18.

6. La questione non è di scarsa importanza, sul terreno pratico, dal momento che, se un certo evento può esser riportato entro il fatto, l'autore dell'azione o il titolare della situazione prevista ne sarà automaticamente responsabile, mentre, se quella riconduzione fosse impossibile, occorrerebbe che tra il fatto e l'evento in discussione fosse accertato un rapporto di causalità regolare: e ciò non tanto perché lo affermi l'art. 1223, il quale si è occupato del nesso fra tutti gli eventi della serie presa in considerazione e il danno inteso nel senso che s'è detto, quanto perché la ragione non permetterebbe che un evento rimasto escluso dal fatto possa essere imputato anche se il suo venire in essere è stato eccezionale [30], così come sarebbe illogico negare la responsabilità nell'ipotesi opposta.

In questo secondo caso, a dire il vero, si potrebbe sempre concludere che l'evento rientri nel fatto, semplificando così la costruzione: ma s'intende allora l'interesse che il discorso assume particolarmente innanzi al dolo, dove si pone, o almeno dove non è chiuso già in partenza, il problema dell'imputabilità dell'evento straordinario. Se quest'ultimo non potesse ricomprendersi nel fatto, rimarrebbe con ciò stesso al di fuori della responsabilità, data la nota di anomalia che lo distingue: né, a recuperarlo causalmente, potrebbe sempre provvedere l'intervento di quell'altro meccanismo, cui s'è avuto occasione di accennare, e per il quale l'area del rischio lecito deve ritenersi tanto più esigua quanto maggiore sia stato il grado di colpevolezza dell'agente [31].

---

[30] ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità,* cit., p. 190.

[31] Per le applicazioni che questo principio riceve nel codice penale, si veda BRASIELLO, *I limiti,* cit., p. 57 ss. (il quale ricorda, in particolare, la regola per cui le circostanze aggravanti sono valutate a carico dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti, quella operante per le *actiones liberae in causa,* quella per cui nei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume commessi in danno di un minore di anni quattordici il colpevole non può invocare a propria scusa l'ignoranza circa l'età dell'offeso, quella accolta in tema di reato condizionale, quella per cui nel concorso di persone il coautore risponde, sia pur parzialmente, anche se il reato commesso è più grave di quello voluto); e per qualche illustrazione riferita alla responsabilità civile, *retro,* Cap. II, nota 54.

Ancora una volta, però, basta pensare al caso di A che ferisce B e che non può essere fatto responsabile della morte di B dovuta all'incendio dell'ospedale, alla disattenzione grossolana del chirurgo, alla caduta di un albero sull'autoambulanza (*retro,* Cap. II, nota 55), e in generale a tutti i casi in cui « the ultimate harmful consequence is one that could not have been in

In certi casi, è stato allora rilevato, la stessa legge ha posto il criterio di unificazione, indicando nel contempo l'evento che va ricompreso all'interno del fatto, e oltre il quale ogni mutamento del mondo fisico, materiale o spirituale, ricollegabile in qualche modo al convenuto, dovrà qualificarsi conseguenza: così, nell'ipotesi di cui all'art. 1218 cod. civ. il « fatto » giungerà sino « all'evento contrario al contenuto dell'obbligazione, cioè fino all'inadempimento », mentre nelle ipotesi di responsabilità per rischio esso si estenderà sino all'evento posto a rischio del soggetto [32].

---

the contemplation of one in the position of a wrongdoer, or where the risk of the event happening was not increased by the wrongdoer's action » (SEAVEY, *Cogitations on torts,* cit., p. 34), per dover concludere che regole come quella secondo cui, una volta cagionato colpevolmente un primo evento dannoso, la responsabilità si estenderebbe agli eventi ulteriori indipendentemente dal fatto che essi fossero o meno prevedibili dall'agente (M. RÜMELIN, *Die Verwendung,* cit., p. 89; TRAEGER, *Der Kausalbegriff,* cit., p. 194 e p. 220 ss.; LINDENMAIER, *Adäquate Ursache,* cit., p. 216 ss.; e già DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon,* XXXI, cit., p. 591), o, più succintamente, massime come quella « take your plaintiff as you find him » o « qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu », o ancora principi come quello della « egg-shell skull », non possono ritenersi operanti in via generale nemmeno nell'ipotesi di dolo (cfr. — tra gli autori non ancora ricordati, su questo punto — TARNOWSKI, *Die systematische Bedeutung der adaequaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs,* Leipzig, 1927, p. 57; ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände,* Tübingen, 1931, p. 50 ss.; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano,* 2ª ed., Milano, 1947, p. 89 ss.; Hans STOLL, « *The Wagon Mound* », cit., p. 388 ss.; DEUTSCH, *Grundmechanismen,* cit., p. 722; FLEMING, *An introduction,* cit., p. 113; BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung,* cit., p. 57; ESSER, *Schuldrecht,* I, cit., p. 301).

[32] GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica,* loc. ult cit. Con la teoria della causalità adeguata, si arriva invece ad ammettere una diversità di trattamento solo per ciò che concerne il primo evento imputabile (v. TRAEGER, *op. ult. cit.,* p. 197 e 202 s.; ID., *Das Problem der Unterlassungsdelikte,* cit., p. 117; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 35 e p. 649; CANDICE, *La compensazione delle colpe,* cit., p. 35 ss.; LARENZ, *Vertrag und Unrecht,* cit., p. 12 e p. 39; FIKENTSCHER, *Schuldrecht,* cit., p. 603), mentre, per gli eventi successivi, non vi sarebbe alcuna differenza a seconda del criterio di responsabilità che dev'essere applicato (LITTEN, *Recensione* a Traeger, cit., pp. 27-28; Hans STOLL, « *The Wagon Mound* », cit., p. 393; SOERGEL-Reimer SCHMIDT, *op. cit.,* II, §§ 249-253, Bem. 14 p. 158 e Bem. 16 p. 159). Tale limite è ben colto da TRIMARCHI, *Causalità e danno,* cit., p. 40; ma si vedano anche DERNBURG, *Das bürgerliche Recht,* II, 1, p. 75, testo e nota 9; lo stesso M. RÜMELIN, *Die Verwendung,* cit., p. 134; MÜLLER, *Die Bedeutung,* cit., p. 106 ss.; recentemente, MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg,* cit., p. 336; HUBER, *Normzwecktheorie und Adäquanztheorie,* in *JZ,* 1969,

Inutile sottolineare che neppur qui l'indicazione normativa è rimasta priva di un certo margine di astrattezza, come dimostra la varietà degli eventi che possono derivare, ad esempio, da un incidente automobilistico: è vero però che la specificazione del mezzo dannoso, compiuta dalla legge, finisce qui per circoscrivere le possibili combinazioni entro un ambito abbastanza definito [33].

7. Nell'art. 2043 l'evento appartenente al fatto non poteva esser previsto con lo stesso grado di approssimazione, data la scelta o la necessità di adottare un titolo aperto come la colpevolezza (quanti non sono i comportamenti colpevoli! [34]), e visto poi che in quest'ultima rientravano due diversi criteri di unificazione: la soluzione dovrà quindi esser più elastica, ma non per questo essa si annuncia meno limpida. E ciò non soltanto per quanto concerne la lettura e interpretazione del singolo caso legale e giurisprudenziale, dove si tratta appena di formalizzare una somma di eventi concreti, già composti

---

p. 677 ss., 679 s. Con particolare riguardo al dolo, e cioè alla possibilità che eventi successivi al primo, se voluti, siano causalmente imputabili anche al di là dell'adeguatezza, Alb. EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung im Schadensersatzrecht,* cit., p. 96; Heinrich LANGE, *Herrschaft und Verfall,* loc. ult. cit. (« Hat der Schädiger vorsätzlich oder wissentlich gehandelt, so sprengt man sogar den Rahmen der Adäquanztheorie, wenn sein Vorsatz oder seine Kenntnis auf eine ganz ungewöhnliche, ausserhalb aller Wahrscheinlichkeit liegende Schädigung gerichtet gewesen ist »); HART e HONORÉ, *op. cit.,* p. 437 e p. 440; HERMANN LANGE, *Begrenzung der Haftung,* cit., p. 13; ID., *Umfang der Schadensersatzpflicht bei einem Verkehrsunfall; Methoden der Schadensbegrenzung,* in *JuS,* 1973, p. 280 ss., 281-282; ancora TRIMARCHI, *op. cit.,* p. 41; WEITNAUER, *Zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang,* cit., p. 336 s.; CHABAS, *L'influence de la pluralité des causes,* cit., p. 95 (« Du point de vue théorique d'abord, reconnaissons la faillite d'un système qui se veut entièrement objectif. Il suffit ici de rappeler parmi tant d'autres preuves la question de la faute dolosive »); LIVNEH, *Factors determining the amount of damages,* cit., p. 180; BERNERT, *Die Leerformel von der Adaequanz,* cit., p. 426.

[33] L'affermazione che, allorquando l'evento illecito consiste nella violazione di regole poste allo scopo di evitare la creazione di un rischio irragionevole, la responsabilità si estenda solo agli eventi dannosi che siano realizzazione del rischio in considerazione del quale la condotta è vietata, si ritrova con particolare frequenza presso gli scrittori di *common law.* Ad esempio, GOODHART, *The imaginary necktie and the rule in Re Polemis,* in *Law quart. rev.,* 1952, p. 533; CAMPBELL, *Duty, fault and legal cause,* in *Wisc. law rev.,* 1938, p. 402 ss.; SEAVEY, *Principles of tort,* cit., p. 90 ss.; PAYNE, *Foresight and remoteness,* cit., p. 7 s.

[34] DALLOZ, *Répertoire,* XXXIX, cit., n. 170, p. 326.

nell'affermazione o nel rifiuto della responsabilità, ma anche sul piano che interessa maggiormente, e cioè in relazione a quella fattispecie astratta dove la destinazione dell'evento è decisiva per il giudizio, ancora incompiuto, circa il soggetto che deve sopportare il danno: basterà infatti rammentare l'esigenza che anche l'accadimento insolito venga imputato a colui che ha macchinato segretamente per produrlo, e la necessità che l'evento prevedibile (quand'anche non ordinario) sia posto a carico di chi l'ha previsto o poteva prevederlo, per concludere che a rientrare nel fatto sarà l'evento che il giudicante, secondo i casi, ritenga oggetto di volontà o di prevedibilità [35].

Naturalmente potrà ben accadere che il risultato sia al tempo stesso voluto e prevedibile, e allora il fatto avrà un'eguale latitudine tanto nell'ipotesi di colpa che in quella di dolo; negli altri casi, e cioè quando un certo evento, benché imprevedibile, sia stato previsto e desiderato da colui che ha concorso a provocarlo, la soluzione dovrà invece esser diversa: così, nell'esempio prospettato, il fatto di Tizio nei confronti di Sempronio verrà ad estendersi fino alla morte di quest'ultimo, o si « fermerà » alla morte di Caio, secondo che risulti o meno la scienza e volontà di Tizio di impedire la consegna della medicina.

Non v'è insomma, nell'art. 2043, un fatto come entità posta già in partenza, di cui l'*animus nocendi* e l'imprudenza si limiterebbero

[35] GORLA, *op. loc. ult. cit.*; HART e HONORÉ, *op. cit.*, p. 40. Anche MAIORCA, *Colpa civile*, cit., p. 560, parla del dolo e della colpa come di criteri « di imputazione causale... delle varie circostanze concorrenti dell'evento dannoso », le quali « trovano siffattamente il loro centro di attrazione nella causalità dell'azione soggettiva, e ciò anche allorquando tali circostanze appartengono a ' serie causali ' diverse da quelle a cui appartiene l'azione soggettiva »; e, dopo aver aggiunto che « la colpa qualifica la causalità giuridica dell'azione soggettiva, dando ad essa una ' forza attrattiva ' nei riguardi delle condizioni appartenenti ad una serie autonoma », conclude che « l'imputazione *ex culpa* (concausale) va essenzialmente distinta dalla imputazione *ex dolo* (implicita), nella quale le altre condizioni dell'evento non possono dirsi estranee all'azione soggettiva, sviluppandosi quindi una ' forza attrattiva ' naturalistica, e non essenzialmente giuridica, qual è quella che interviene nell'imputazione concausale » (*op. cit.*, p. 568; più succintamente in *Fatto giuridico - Fattispecie*, cit., p. 117). In generale, anche LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 430; ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 184 e p. 249. Cfr. anche i rapidi accenni di CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 67. Da ultimo, RUFFOLO, *Il problema della responsabilità vicaria*, cit., p. 890, nota 98. Non proprio pertinenti gli esempi e le critiche di FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 27, nota 15.

a caratterizzare, quali meri predicati, una notazione estrinseca e facoltativa, indifferente ai fini della responsabilità: esistono due fatti differenti [36], che solo l'accennata coincidenza potrà rendere *a posteriori* equipollenti.

A parte la smentita per l'equivalenza, quale dogma positivo, tutto ciò può valere come prova del destino della causalità a restare materia di parte generale [37]: o meglio, si comprende la difficoltà per un legislatore di esaurirla con previsioni relative a singole condotte e agli effetti di queste [38]; il che, se possibile, è ancor più vero per il dolo, chiamato a governare quel campo dell'inconsueto dove nessuna immaginazione può sperare di competere con la realtà [39].

Va poi detto come, anche per il nesso eziologico, non mancherà di operare un meccanismo già ravvisato sul terreno della tutela dei singoli beni, e che vuole nel corso del tempo il progressivo spostarsi dal dolo alla colpa del criterio sufficiente di responsabilità: il ripetersi di una condanna, nel segno della malizia, per un evento apparso inizialmente insolito, finisce infatti per togliere a quest'ultimo il connotato di eccezionalità rispetto a quell'azione causale [40]. E tuttavia, non per tutte le lesioni si può sostenere che il dolo svolga un compito di semplice anticipazione; in ogni caso, non sembra facile dimostrare che l'area dello straordinario diminuisca man mano che aumenta l'altra, e che non aumenti invece anch'essa di continuo, forse ancora più in fretta della prima.

8. La conclusione testé raggiunta non è certo di scarsa importanza, ai fini del discorso; c'è da chiedersi però se essa possa rinnovarsi per quei casi in cui l'imputazione del danno avviene a titolo di dolo non già per ragioni causalistiche, ma perché l'interesse col-

[36] Ancora MAIORCA, *Colpa civile*, cit., p. 578.

[37] Si veda pure ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 13.

[38] TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 25; CORSARO, *L'imputazione del fatto illecito*, cit., pp. 80-81.

[39] Una situazione opposta, in un certo senso, a quella riscontrabile nella colpa, dove l'affermazione che « the consequences of negligence are almost invariably surprises » (*Chavers* v. *A. R. Blossmann*, 1950, in HARPER e JAMES, *The law of torts*, II, cit., p. 1026; analogamente FRANKLIN, *Replacing the negligence lottery*, cit., p. 790), vale in quanto riferita all'autore del danno, non già al legislatore oppure al giudice.

[40] Di sfuggita, COGLIOLO, *Colpa aquiliana*, in *Scritti vari*, cit., p. 184. Si veda anche PROSSER, *Handbook of the law of torts*, cit., p. 163.

pito era protetto, in linea generale, solo di fronte a una condotta volontaria: è questo, indubbiamente, il territorio su cui il dolo può giocare le sue *chances* migliori, e dove più fruttuosa e significativa riuscirebbe l'ammissione di un principio.

Un controllo del genere si annuncia tuttavia più impegnativo di quanto non sia stato per il « fatto »; in rapporto a quest'ultimo, come del resto in relazione al danno, la constatazione di una possibile incidenza del dolo è apparsa senz'altro sufficiente per imporre la lettura più aperta: l'esclusione dello schema dell'eccezione era infatti implicita nell'essenza stessa dei due termini, sia pur in base a considerazioni diverse per ciascuno di essi.

L'ingiustizia, come qualifica posta dalla legge, non è invece intimamente incompatibile con l'assetto più chiuso e restrittivo: anche provata, cioè, la sua dipendenza dalla colpevolezza, ben potrebbe doversi affermare nei suoi confronti una regola di equivalenza, salvo i casi tassativamente previsti in cui sia necessaria la malafede dell'agente; lo stesso richiamo alla duplicità di compiti, svolti dal dolo in quelle fattispecie, sarebbe agevolmente superabile attraverso l'osservazione che l'autonomia come criterio di collegamento è di norma una diretta conseguenza dell'altra funzione esercitata [41].

---

[41] Indicativa, al riguardo, la vicenda degli elementi soggettivi dell'antigiuridicità (è sufficiente un rinvio a MEZGER, *Die subjektiven Unrechtselemente*, in *Gerichtsaal*, 1923, p. 239 ss.; RADBRUCH, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, in *Festgabe R. Frank*, cit., p. 163 ss.; HEGLER, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs*, *ivi*, p. 251 ss.; BINDOKAT, *Mehrerlei Unrecht?*, in *JZ*, 1958, p. 553 ss., 556; per il diritto civile, FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, cit., p. 288 ss.; LARENZ, *Vertrag und Unrecht*, cit., p. 20; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, cit., p. 157 ss.; GERMANN, *Zur Grenze von Recht und Unrecht*, cit., p. 173 ss.; Eike SCHMIDT, *Grundlagen*, cit., p. 506); la scoperta che in certe ipotesi, come ad esempio nel tentativo, la fattispecie non può determinarsi senza un'indagine dell'intento del soggetto, non portò « a una revisione del concetto di illiceità, ma ci si accontentò di indicare tale fenomeno come un'eccezione al principio fondamentale secondo cui quest'ultimo investe solo l'aspetto esteriore dell'azione » (così CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, cit., p. 173; ma si vedano anche Hellmuth MAYER, *Der bindende Befehl im Strafrecht*, in *Festgabe R. Frank*, cit., p. 619; J. GOLDSCHMIDT, *Normativer Schuldbegriff*, *ivi*, pp. 461-462; ZIPPELIUS, *Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg*, in *AcP*, 1958-59, p. 390 ss., 395; altri richiami in DELL'ANDRO, voce « *Antigiuridicità* », in *Enc. del dir.*, II, 1958, p. 542 ss., 543).

Sugli elementi soggettivi della *Sittenwidrigkeit*, cfr. d'altra parte i rilievi di SOERGEL (-KNOPP), *op. cit.*, § 826, Bem. 45.

Diversa parrebbe esser la questione per quanto concerne le cause di giustificazione, e il modo di affrontarne la disamina: è pur vero che la loro presenza — se non si vuol sostenere che il danno arrecato in quelle circostanze rimanga formalmente ingiusto [42], benché irreparabile — elimina [43] nella lesione il carattere di illiceità, sicché a venire

---

[42] Così invece gli autori citati *infra*, in questo capitolo, nota 102.

[43] AUBRY e RAU, *Cours de droit civil français*, IV, cit., p. 746; VENEZIAN, *Danno e risarcimento*, cit., p. 245, p. 285 e p. 319; CROME, *System*, I, cit., p. 533 ss.; DERNBURG, *Das bürgerliche Recht*, II, 1, cit., p. 166 ss. (tra i pochi che parlano di « Ausschliessung des Verschuldens »); ZITELMANN, *Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, I, cit., p. 155; ID., *Ausschluss der Widerrechtlichkeit*, cit., *passim*, e ad esempio p. 2, nota 1 (il quale interpretava appunto l'attributo « widerrechtlich » di cui al § 823 BGB 1° comma, nel senso di assenza di una causa di giustificazione, e criticava i redattori della norma per aver formulato in termini positivi un requisito negativo della responsabilità, stanti le conseguenze sul terreno probatorio: cfr. pure FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, cit., pp. 96-97; SCHREIER, *Schuld und Unrecht*, cit., p. 106; Ernst WOLF, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 477; altri richiami in Hans STOLL, in *JZ*, 1958, cit., p. 139; diversamente, ad ogni modo, Dieter SCHWAB, *Die deliktische Haftung bei widerrechtlichem Verweilen des Verletzten im Gefahrenbereich*, in *JZ*, 1967, p. 13 ss., 20-21, e in generale gli autori citati *infra*, nota 73); KRÜCKMANN, *Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Göttingen, 1898, p. 153; GRAF zu DOHNA, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*, Halle, 1905, II, p. 81; BIERMANN, *Bürgerliches Recht*, I, cit., p. 321 ss.; v. TUHR, *Das Bürg. Recht*, cit., p. 466 ss.; ID., *Partie générale*, cit., p. 332 ss.; v. BONNOT, *Grundriss*, cit., p. 29; OSER e SCHÖNENBERGER, *Das Obligationenrecht*, cit., nn. 22-24; PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni*, IV, cit., p. 222; O. v. GIERKE, *Schuldrecht*, cit., p. 883; KRESS, *Besonderes Schuldrecht*, cit., p. 319; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *op. cit.*, p. 648 ss.; LEONHARD, *Allg. Schuldrecht*, cit., p. 601 ss.; KÄNZIG, *Die Widerrechtlichkeit nach Art. 41 abs. 1 des Schweizerisch. OR unter besonderer Berücksichtigung der Gründe für den Ausschluss der Rechtswidrigkeit*, Bern, 1939, p. 160 ss.; OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 1066 ss.; LOBE, *Der Einfluss des bürgerlichen Rechts auf das Strafrecht*, in *Festgabe R. Frank*, cit., p. 33 ss.; HECK, *Grundriss*, cit., p. 441; LARENZ, *Vertrag und Unrecht*, II, cit., p. 24 ss.; STOLL-FELGENTRAEGER, *op. cit.*, p. 199; SWOBODA, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 77; FUNK, *Handkommentar*, cit., p. 39; BECKER, *op. cit.*, VI, 1, p. 214 ss.; GÖRNER, *Schuldrecht*, cit., pp. 505-508; SOERGEL (-LINDENMAIER), *Kommentar*, cit., p. 578; BONASI BENUCCI, *Atto illecito e concorrenza sleale*, cit., pp. 583-585; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, 2, cit., p. 1313 ss.; M. GALLO, *La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca*, Milano, 1950, p. 57 ss.; DELYANNIS, *La notion*, cit., p. 175 e p. 195; MARTY-RAYNAUD, *op. cit.*, II, 1, p. 547; SACCO, *L'ingiustizia*, cit., c. 1430; HORN, *Untersuchungen*, cit., p. 55; V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 226, nota 9; MAASDORP, *Delicts*, cit., p. 2; BARASSI,

in risalto è ancor sempre il medesimo profilo [44]; ma, poiché alcune esimenti hanno una propria disciplina legale, e tutte si prestano ad

---

Teoria generale, cit., II, p. 460; HEDEMANN, *Schuldrecht,* cit., p. 354; LEHMANN, *Allgemeiner Teil,* cit., p. 326 ss.; KEETON, *Trespass, nuisance, and strict liability,* cit., p. 463; REHFELDT, *Einführung,* cit., p. 215; v. CAEMMERER, *Wandlungen,* cit., p. 485 e p. 488; MAIORCA, *Colpa civile,* cit., p. 538; BRASIELLO, in *D'Amelio-Finzi, Commentario, Obbligazioni,* III, cit., p. 220; ID., *I limiti,* cit., p. 335; MOLARI, *Profili,* cit., p. 25; CATTANEO, *La responsabilità del professionista,* cit., p. 224; OFTINGER, *op. cit.,* pp. 115-116; PROSSER, *Handbook,* cit., p. 102; DEVOTO, *L'imputabilità,* cit., p. 78; FIKENTSCHER, *Schuldrecht,* cit., p. 255 e p. 604; SALMOND, *Law of torts,* cit., p. 15; BUSNELLI, *La lesione del credito,* cit., p. 73 ss., soprattutto nota 64; TITZE, *Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 37 e p. 211; LARENZ, *Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht,* in *Festschrift Dölle,* Tübingen, I, 1963, p. 169; WIEACKER, *Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit im Bürgerlichen Recht,* in *JZ,* 1957, p. 535; DE CUPIS, *Il danno,* I, cit., p. 19 ss.; GSCHNITZER, *Besonderer Teil,* cit., p. 154; ERMAN in ERMAN, *Handkommentar,* cit., p. 530; SOERGEL (-ZEUNER), *Kommentar,* cit., § 823, Bem. 3 e 138 ss.; E. E. HIRSCH, *Einführung in das bürgerliche Vermögensrecht,* cit., p. 51; v. BÜREN, *Schweizerisches Obligationenrecht,* cit., p. 265 ss.; NIPPERDEY, *Tatbestandsaufbau und Systematik,* cit., p. 1993; ARMITAGE, in CLERK e LINDSELL, *On torts,* cit., p. 62; FORCHIELLI, *Responsabilità civile,* I, cit., p. 75 e p. 110; RUFFOLO, *Atti emulativi, abuso del diritto,* cit., p. 29; ESSER, *Schuldrecht,* I, cit., p. 66; MERTENS-REEB, *Grundfälle,* cit., 1971, p. 587 ss.; Cass. sez. un., 24 giugno 1972, n. 2135, in *Giur. it., Rep.,* 1972, voce « *Responsabilità civile* », n. 34.

[44] Sembra eccessiva tuttavia l'affermazione secondo cui l'ingiustizia del danno dovrebbe ritenersi automaticamente esclusa allorché « il comportamento di un soggetto sia stato tenuto nell'esercizio di un diritto soggettivo » (BUSNELLI, *La lesione del credito,* cit., p. 77; oppure FELS, *Die ausserkontraktliche Schadensersatzpflicht,* cit., p. 15; LAURENT, *Principii,* XX, cit., § 407, p. 323 ss.; JUNG, *Delikt und Schadensverursachung,* cit., p. 42; PLANIOL, *Traité élémentaire,* II, cit., p. 281 ss.; UNGER, *System,* II, cit., p. 230; BRUNETTI, *Il delitto civile,* cit., p. 173 ss.; FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore,* Milano, 1947, p. 73; G. STOLFI, *Appunti sugli articoli 2598 e 2043 cod. civ.,* in *Riv. dir. comm.,* 1967, I, p. 9 ss., 11). E infatti, a parte le riserve che si possono avanzare sulla proprietà di un simile riferimento nel campo aquiliano — su cui *infra,* in questo capitolo, n. 9; ma già, e proprio in relazione alla prospettiva dell'esercizio, PUGLIATTI, *Esercizio del diritto,* ora in *Responsabilità civile,* II, cit., pp. 162-163; nonché ZITELMANN, *Ausschluss der Widerrechtlichkeit,* cit., p. 28; ID., *Das Recht des BGB,* cit., I, p. 37; CROME, *System,* I, cit., p. 475; OERTMANN, *op. cit.,* p. 1074; BIERMANN, *op. cit.,* p. 320; KIPP, *Über den Begriff der Rechtsverletzung,* cit., pp. 11-12; BONFANTE, *Criterio fondamentale,* cit., p. 549; HENLE, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,* I, *Allgemeiner Teil,* Berlin, 1926, pp. 319-320; LARENZ, *Vertrag und Unrecht,* II, cit., p. 20; STAUDINGER-COING, *op. cit.,* p. 1181 ss. — non è certo esatto che il riscontro di una corrispondenza fra comportamento este-

accompagnare un numero indefinito di condotte, la scoperta di una traccia positiva potrebbe qui assumere un valore immediatamente generale.

In realtà, ad un esame anche sommario del problema, sembra difficile o impossibile affermare che la presenza di una causa di giustificazione giovi sempre all'autore del danno, pure in caso di eccesso e di errore, con la sola eccezione del dolo: e ciò al di là, beninteso, dell'ipotesi prevista dall'art. 55 cod. pen., dove il sorgere dell'obbligo

---

riore dell'agente e contenuto astratto del diritto esercitato sia sempre sufficiente per imporre al giudice una conclusione di irresponsabilità: basta pensare, se non già alle ipotesi di « eccesso del diritto », in cui si può forse parlare di vera e propria assenza di potere, alle figure di cui offrono esempio l'art. 833 cod. civ. e l'art. 96 cod. proc. civ., 1° comma, ossia ai casi in cui un obbligo riparatorio investe condotte che pur rientrano formalmente nello schema delle facoltà attribuite dall'ordinamento giuridico al titolare (cfr. GIUSIANA, *Il concetto,* cit., p. 128 ss.; MARTY-RAYNAUD, *op. loc. ult. cit.*; e già BAUKE, *Rechtswissenschaftliche Untersuchungen,* 2ª ed., Berlin, 1902, I, *Die Bestrafung der Chikane,* § 8; o, ancora, SAVATIER, *Traité,* I, cit., pp. 48-52; K. WOLFF, in KLANG, *Kommentar,* VI, cit., p. 68; GALOPPINI, *Appunti,* cit., p. 13; FLEMING, *An introduction,* cit., p. 217, per il quale « it is a linguistic or rethorical trick of stating nothing more than a bald conclusion under the deceptive guise of pretending to furnish a reason »).

Tanto più inattesa è poi quell'affermazione, in quanto a renderla è uno dei più convinti assertori della necessità di distinguere in maniera rigorosa i due profili dell'antigiuridicità e della responsabilità per il danno (BUSNELLI, *La lesione,* cit., pp. 60-61; ID., *Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per fatto ingiusto,* cit., *passim*): e la coscienza dell'autonomia fra « lesione del diritto » e « rilevanza giuridica del pregiudizio » dovrebbe proprio aiutare a riconoscere come il piano dell'*uti iure* sia inconfondibile con quello della reprensibilità (aquiliana) del contegno (cfr. pure HASENÖHRL, *Österreichisches Obligationenrecht,* II, cit., p. 145, nota 20; PACCHIONI, *Qui suo iure utitur,* cit., p. 365). E non serve neppur molto precisare — come fa in seguito l'autore in questione (*La lesione,* cit., p. 77) — che il richiamo all'*uti iure* deve intendersi in realtà come rivolto all'ipotesi di un « esercizio (legittimo) del diritto soggettivo » (così anche O. v. GIERKE, *Schuldrecht,* cit., p. 883); ben raramente, infatti, il controllo di « legittimità » dell'atto di esercizio potrà svolgersi come semplice raffronto rispetto ad un compiuto paradigma legale, senza riguardo per la posizione del soggetto che è stato colpito da quel comportamento (ancora GIUSIANA, *op. cit.,* p. 295). O quel correttivo ignora dunque tale realtà, ed allora è difficile accettarlo, oppure ne è, o vuol esserne, consapevole: ma in questo caso l'*uti iure* finisce per smarrire ogni singolarità, dal momento che anche per esso il problema ridiventa quello di una comparazione, da attuarsi nel corso del giudizio, tra gli interessi contrapposti dei soggetti (lo stesso MAIORCA, *Colpa civile,* cit., p. 538, riconosce che « l'*uti iure,* ben più che una circostanza esclusiva dell'antigiuridicità, è il punto di *partenza*

per colpa, stante l'art. 185 cod. pen., non può esser neppur posto in discussione [45].

Per la legittima difesa — a parte che il dolo non potrà farsi qui coincidere con l'intenzionalità del danno — si può infatti pensare soltanto ad un'applicabilità del regolamento sul concorso di colpa di cui all'art. 1227 cod. civ. [46]; e il richiamo non è molto più sicuro per lo stato di necessità [47], dove è evidente, ad ogni modo, l'impossibilità di inquadrare nella nozione di dolo la « volontarietà » del pericolo cui accenna l'art. 2045 cod. civ. [48].

---

da cui soltanto si può considerare il problema stesso dell'ingiustizia del danno »; e si veda SCHLESINGER, *La « ingiustizia » del danno*, cit., p. 347).

Non sembra invece una via altrettanto sicura, per giungere alla dimostrazione della compatibilità tra esercizio del diritto e responsabilità, quella percorsa da una parte della dottrina più recente — per tutti, TUCCI, *Il danno ingiusto*, cit., pp. 11-12 — e che si fonda sulla considerazione dei c. d. atti leciti dannosi, dato che rimane almeno problematica la possibilità di qualificare tecnicamente tali danni come ingiusti (*infra*, nota 96).

[45] BRASIELLO, *I limiti*, cit., p. 281; BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità*, cit., p. 50.

[46] Richiami giurisprudenziali in VISINTINI, *La responsabilità civile*, cit., p. 28. Per la responsabilità in caso di legittima difesa putativa, SCOGNAMIGLIO, voce « *Responsabilità civile* », cit., p. 655; e nell'ipotesi di eccesso colposo, Cass. 24 aprile 1954, n. 1240, in *Resp. civ. e prev.*, 1955, p. 202. In generale, sul venire meno dell'esimente in questione dinanzi all'imprudenza o negligenza, e per una rassegna delle varie situazioni, VENEZIAN, *Danno e risarcimento*, cit., p. 261; AMES, *Law and morals*, cit., pp. 97-98; ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, cit., p. 436; v. TUHR, *Partie générale*, I, cit., p. 335; *Restatement of torts*, I, cit., p. 120 ss. e IV, cit., § 890, comment *e*; GREEN, *One hundred years of tort law*, cit., p. 38; LARENZ, *Vertrag und Unrecht*, cit., II, p. 27; *Note*, in *Minn. law rev.*, 1940, p. 426; DISTASO, *Le obbligazioni*, cit., p. 461 ss.; BRASIELLO, *I limiti*, loc. ult. cit.; DEVOTO, *L'imputabilità*, cit., p. 105; Glanv. WILLIAMS, *The defence of necessity*, in *Curr. leg. probl.* 1953, p. 216 ss., 235; PROSSER, *Handbook*, cit., pp. 110-111; RUDOLPH, *Notwehrexzess nach provoziertem Angriff*, in *JuS*, 1969, p. 461 ss.; STREET, *The law of torts*, cit., p. 78; SCHROEDER, *Notwehr bei schuldhaftem Vorverhalten*, in *JuS*, 1973, p. 157 ss.

[47] Per la responsabilità ex art. 2043, in caso di stato di necessità putativa, quando l'errore sia dovuto a colpa, PIRAS, *Saggio sul comportamento necessitato*, cit., p. 60; BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità*, cit., p. 51 (ove richiami di una giurisprudenza ancor più rigorosa). E per accenni ad altre ipotesi in cui l'obbligo risarcitorio torna a sostituire l'indennità, nel caso di *culpa laevis* dell'agente, ENDEMANN, *op. cit.*, p. 441; COPPA-ZUCCARI, *La « compensazione delle colpe »*, cit., pp. 162-163; MARTON, *Versuch eines einheitlichen Systems*, cit., p. 66; FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, cit., p. 251 ss.; REHFELDT, *Einführung*, cit., p. 223; VISINTINI, *op. ult. cit.*, p. 31.

[48] Cfr. CONTIERI, *Lo stato di necessità*, Milano, 1939, p. 58. V. anche

Nulla autorizza a concludere diversamente, in senso cioè antitetico all'equivalenza, per quel che attiene all'adempimento del dovere [49], al consenso dell'avente diritto [50], all'esecuzione dell'ordine [51],

---

BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità*, cit., p. 43, ove richiami di quella parte della dottrina — fra cui si colloca lo stesso B. — che fa rientrare entro la nozione di volontarietà anche l'ipotesi di colpa. Diversamente, ad ogni modo, PIRAS, *op. cit.*, p. 28 s., e non pochi fra i nostri penalisti: ad esempio, BETTIOL, *Diritto penale - Parte generale*, 3ª ed., Palermo, 1955, p. 262; ALTAVILLA, voce « *Stato di necessità* », in *Nuovo dig. it.*, Torino, VIII, 1939, p. 967; BATTAGLINI, *Diritto penale - Parte generale*, 3ª ed., Padova, 1949, p. 334.

È controverso se lo stesso fatto del necessitato possa qualificarsi a rigore come « doloso ». Propende per la negativa, sia pur con qualche perplessità, BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 152, testo e nota 101; con maggior fermezza, ZITELMANN, *Ausschluss der Widerrechtlichkeit*, cit., p. 106; FERRINI, *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 789. In senso positivo, ma genericamente, FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, I, cit., p. 110; implicitamente anche DEMOGUE, *Traité des obligations*, 1, V, cit., p. 461; in termini più decisi, OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 108; HANAU, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit*, cit., p. 111.

[49] *Restatement of torts*, I, cit., p. 309 e p. 347 ss.

[50] Se, ad esempio, il consenso è stato dato per un determinato atto, e l'agente ne ha invece compiuto un altro, non occorrerà che il fraintendimento sia stato deliberato, ma potrà esservi responsabilità già in caso di mera negligenza (*Restatement of torts*, I, cit., p. 105). Si veda inoltre PROSSER, *Handbook of the law of torts*, cit., pp. 106-107, esplicitamente per l'ipotesi di intervento chirurgico, dove il sanitario è responsabile se era in grado di rendersi conto che il consenso del paziente era stato dato per errore: ma anche negli altri casi riportati dall'autore — A che offre a B, consenziente, un cioccolatino avvelenato; contagio venereo o creazione di una messinscena matrimoniale; medico che si prende delle libertà con la paziente la quale le accetta ignorando che esse non sono necessarie per il trattamento — sembra difficile sostenere che responsabilità possa esservi solo ove l'agente sapesse, e non anche quando potesse facilmente accorgersi, dell'errore della sua vittima (così pure per le illustrazioni del *Restatement*, I, cit., p. 32). In generale, analogamente, ZITELMANN, *op. ult. cit.*, p. 102 ss.; SEAVEY, *Principles of tort*, cit., p. 88; Mc COID, *The care required of medical practicioners*, in *Vand. law rev.*, 1959, p. 549 ss., 586 ss.; MAIORCA, *Colpa civile*, cit., p. 564; ESSER, *Fälle und Lösungen*, cit., p. 135; NATHAN, *Medical negligence*, cit., p. 156 ss.; GEILEN, *Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht*, Bielefeld, 1963, *passim*, e comunque p. 165 ss.; DEUTSCH, *Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileneingriffs im Zivilrecht*, in *NJW*, 1965, p. 1985 ss.; SOERGEL (-ZEUNER), *op. cit.*, § 823 ss., Bem. 142.

[51] DELYANNIS, *La notion d'acte illicite*, cit., p. 196; *Restatement of torts*, I, cit., p. 339 ss.; Cass. civ. (Sez. un.), 13 luglio 1972, n. 2351, in *Giur. it.*, *Rep.*, 1972, voce « *Responsabilità civile* », n. 62 e in *Arch. resp. civ.*, 1974, p. 24 (ipotesi di un deputato comunista colpito da un agente di p. s. nel corso

o ad altre cause atipiche [52]: quanto poi all'esercizio del diritto, se la dolosità dell'abuso è ancor forse necessaria per il diritto di proprietà, per quello di agire in giustizia, per quello di cronaca o di stampa, lo stesso non può dirsi di altri casi in cui pure ricorre l'*uti iure* [53], mentre è possibile che semplici poteri o libertà siano talvolta esercitabili oltre i limiti di una rigorosa diligenza [54].

Manca dunque un'uniformità di indirizzo, ben spiegabile con la labilità della categoria [55], cui va anche aggiunta la difficoltà di stabilire, in molte ipotesi previste dalla legge, se l'irresponsabilità innanzi alla colpa sia dipesa da un intento di privilegiare l'autore della lesione, o non piuttosto da fattori relativi allo *status* di chi ha subito il danno [56].

---

di una manifestazione contro il regime franchista in Spagna; il procedimento penale si era concluso con sentenza di non doversi procedere per essere rimasto ignoto l'autore del fatto).

[52] Così, ad esempio, per lo *ius corrigendi*, FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, cit., p. 263; BECKER, *Kommentar*, VI, 1, cit., p. 215; SUMPTION, *The control of pupil conduct by the school*, in *Law & cont. problems*, 1955, p. 80; PROEHL, *Tort liability of teachers*, in *Vand. law rev.*, 1959, p. 723 ss.; MAASDORP, *Delicts*, cit., pp. 3-4; COOPERRIDER, *Child v. parent in tort: a case for the jury?*, in *Minn. law rev.*, 1958, p. 73 ss. Per l'attività gestoria, ZITELMANN, *Ausschluss*, cit., p. 105. Per il caso di *Selbsthilfe*, ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, cit., p. 449; RANDA, *Die Schadensersatzpflicht*, cit., p. 31; FISCHER, *op. cit.*, p. 259; O. v. GIERKE, *Schuldrecht*, cit., p. 583, nota 12; GSCHNITZER, *Bes. Schuldrecht*, cit., p. 159; Ernst WOLF, *Allg. Teil*, cit., p. 489. In generale, ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allg. Teil*, 2, cit., p. 1317.

[53] Cfr. SCHREIER, *Schuld und Unrecht*, cit., p. 114; RODIÈRE, *La responsabilité civile*, cit., p. 73 ss. Sulla vanità di ogni tentativo mirante a ricondurre le varie ipotesi di abuso del diritto sotto l'egida di un unico criterio, JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, cit., p. 162; MARKOVITCH, *La théorie de l'abus des droits*, cit., p. 125.

[54] Ancora RODIÈRE, *op. cit.*, p. 74; con particolare ampiezza, ROUAST, Les *droits discrétionnaires et le droits contrôlés*, cit., p. 4 ss. e p. 8.

[55] Assai precisi i rilievi di STARCK, *Essai d'une théorie générale*, cit., pp. 44-46. E si veda GORPHE, *Le principe de la bonne foi*, cit., p. 105. Da ultimo HANAU, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit*, cit., p. 111 (« Vorsätzliche Schädigungen dieser Art sind nicht schlechthin verboten, da sie in anderer Form vorgenommen werden dürfen oder sogar müssen. In seinem vollen Umfang lautet das verletzte Rechtsgebot nicht: unterlasse den vorsätzlichen Eingriff, sondern: bei der Vornahme des Eingriffs sind folgende Kautelen geboten...; werden sie nicht beachtet, ist der Eingriff gebotswidrig und unerlaubt »).

[56] Osserva appunto STREET, *The law of torts*, cit., p. 5, come l'abitudine a giustificare una determinata soluzione adottando quale riferimento ora « la

Tanto basta per negare che l'emulazione e l'ingiuria possano avere un valore differente, da un punto di vista sistematico, e in generale per respingere la via di una trattazione distinta a seconda del profilo che viene formalmente in risalto [57]: dipenda dalla natura dell'interesse colpito, o dalla presenza di una causa di giustificazione, il rilievo dell'*animus nocendi* resta comunque un episodio singolare rispetto ai casi in cui l'obbligo riparatorio è ammesso già di fronte all'imprudenza. Posto allora che non dell'ammissibilità di quelle figure si tratta ormai, ma proprio della loro posizione dinanzi alla clausola di responsabilità, non ci si può evidentemente accontentare di un semplice riscontro o censimento: e occorrerà vedere invece, e più ampia-

---

natura dell'interesse violato » ed ora invece « il carattere dell'atto del convenuto » — abitudine spiegabile con la storia particolare che ognuna delle figure di responsabilità mostra di aver avuto — non possa certo impedire il ricorso a una prospettiva tecnica unitaria; al massimo si può infatti concludere che « whereas under the heading of interests attention is paid essentially to the policy considerations involved, under heading of wrong we are concerned essentially with the general elements of wrongdoing which are relevant in maintaining a care or deciding upon defences which are available generally » (ARMITAGE, in CLERK e LINDSELL, *On torts*, cit., p. 13).

[57] MOLITOR, *Besonderer Teil*, cit., p. 186; DELYANNIS, *La notion d'acte illicite*, cit., p. 7 ss. « Even assuming that the defendant's interest is of slightly less value than of the plaintiff — osserva anzi BOHLEN, *Incomplete privilege to inflict intentional invasions of interests of property and personality*, in *Harv. law rev.*, 1926, p. 309, in nota — he may be permitted to do without liability an act which is certain to advance it even though it contains five chances out of a hundred of injuring a more important interest of the plaintiff, but he is not privileged to do it if the chances for and against injury reach or approach equality. Where the defendant intends to inflict the very invasion which his act causes, there is no room for such considerations. It is the bare value of the respective interests involved and the extent of the harm from which the act is intended to protect the one as compared with that which it is intended to cause to the other which determines the existence or non-existence of the privilege ». Sostanzialmente uguale l'impostazione di Eike SCHMIDT, *Grundlagen des Haftungs- und Schadensrechts*, cit., pp. 498-499 e pp. 505-507; e si veda Dieter SCHWAB, *Die deliktische Haftung*, cit., p. 14. Anche per PROSSER, *Handbook*, cit., pp. 99-100, « the question of 'privilege' arises almost exclusively in connection with intentional torts », e i due punti di vista sono inseparabili proprio perché « as the defendant's interest gains weight in the scale of social values, his privilege becomes greater ». Cfr. pure v. CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktsrechts*, cit., p. 488; CARBONNIER, *Obligations*, cit., p. 368; Cass. sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174, cit., c. 351.

mente, se l'ingiustizia abbia pur essa caratteristiche tali da escludere, per le combinazioni che si iscrivono sul suo terreno, schemi e gerarchie che non siano di ordine puramente statistico.

9. Se più arduo è, qui, il cammino da affrontare, non mancano elementi favorevoli a tale prospettiva di lettura; che ha il grande vantaggio di trovare rimosso dai nostri dottrinari l'ostacolo più serio e consistente, e appare facilmente conciliabile con l'ordine seguito dalla legge nel porre la qualifica di ingiusto.

Ci sembra così che alcuni dubbi — correnti in tanti interpreti di ieri, e tali da insidiare gravemente la linea che il dolo può augurarsi — non possano turbare chi concordi nel bando della tesi [58] per cui « ingiusta » sarebbe unicamente la lesione di un diritto assoluto

[58] Sostenuta, nel passato, da RICCI, *Corso teorico-pratico,* cit., VI, p. 120; VENEZIAN, *Danno e risarcimento,* cit., p. 142; FERRINI, *Delitti e quasi-delitti,* cit., pp. 740-741 e p. 805; GIANTURCO, *Sistema,* I, cit., p. 227; LOMONACO, *Delle obbligazioni,* I, cit., p. 292; BRUNETTI, *Il delitto civile*, cit., p. 15 ss.; GIORGI, *Obbligazioni,* V, cit., p. 276; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale,* I, cit., p. 81 ss.; CESAREO CONSOLO, *Risarcimento del danno,* cit., p. 9; G. ROTONDI, *Dalla « lex Aquilia »*, cit., 1917, p. 286; BONFANTE, *Criterio fondamentale,* cit., p. 533 e p. 549; PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni,* IV, cit., 1, p. 222; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto,* cit., p. 425; N. STOLFI, *Le obbligazioni,* cit., p. 244; ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato,* cit., p. 201 ss. (il quale parla anche di interessi protetti, ma vi ricomprende solo i diritti della personalità); NEUNER, *Interesse und Vermögensschaden,* cit., pp. 303-304.

In Francia e in Belgio, SOURDAT, *Traité,* I, cit., p. 459; LAURENT, *Principii,* XX, cit., § 404, pp. 321-322; HUDELOT-METMAN, *Des obligations,* cit., p. 200; BUFNOIR, *Propriété et contrat,* cit., p. 803; DEKKERS, *Précis,* II, cit., p. 128; DABIN-LAGASSE, in *Rev. crit. jur. belge,* 1959, p. 299.

Si vedano inoltre RUBINO, *La fattispecie,* cit., p. 321; DEIANA, *La tutela del locatario,* cit., p. 25 (che però a p. 32 dichiara « con tutta sincerità di non aver in proposito idee molto chiare »); GRAZIANI, *Appunti sul lucro cessante,* in *Studi di diritto civile e commerciale,* Napoli, 1953, p. 247 ss., 298; DI BLASI, *op. cit.*, p. 771; QUAGLIARIELLO, *Sulla responsabilità da atto illecito,* cit., p. 9 ss.; CASETTA, *L'illecito,* cit., p. 22 ss.; MESSINEO, *Manuale,* V, cit., pp. 553-554 (perlomeno nelle conclusioni); BARASSI, *La teoria generale,* cit., II, p. 423 ss.; ALESSI, *La responsabilità della P. A.,* cit., p. 6; BRASIELLO, *I limiti,* cit., p. 176; DE CUPIS, *Il danno,* I, cit., p. 68, testo e nota 27; MICCIO, *Dei singoli contratti,* cit., p. 780; G. STOLFI, *Appunti sugli artt. 2598 e 2043,* cit., p. 14.

In giurisprudenza, tra le pronunce più recenti, Cass. 8 maggio 1971, n. 1318, in *Giust. civ., Rep.,* 1973, voce cit., n. 72.

della vittima [59]; non sorgano anzi neanche per chi accolga l'invito a

[59] Contro questa soluzione restrittiva, si sono espressi, ad esempio, PACCHIONI, *Dei delitti e quasi-delitti,* cit., p. 84 ss.; SANTINI, *La vendita a prezzo imposto,* cit., p. 1072, testo e nota 88; FALZEA, *L'offerta,* cit., p. 70 (v. peraltro a p. 73); BARBERO, *Sistema,* II, cit., p. 842 ss.; MAIORCA, *Colpa civile,* cit., p. 600; SACCO, *L'ingiustizia,* cit., c. 1421 ss.; SCHLESINGER, *La « ingiustizia »,* cit., p. 338 ss.; SANDULLI, *Lesione di interessi legittimi e obbligazione risarcitoria della pubblica amministrazione,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1963, p. 1279 ss., 1284 s.; BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità,* cit., p. 124 s.; CATTANEO, *La responsabilità del professionista,* cit., p. 157 ss.; RODOTÀ, *Il problema,* cit., p. 187. Sulle ragioni che ispirano questo rifiuto — e che vanno dalle considerazioni sulla fragilità dogmatica della stessa nozione di diritto soggettivo, alla riflessione sulla diversità del nostro sistema rispetto a quello del BGB, dal confronto col ben diverso ruolo che un principio di legalità deve assolvere nel diritto penale, al rilievo del crescente dinamismo proprio della materia affidata dall'istituto aquiliano, o alla denuncia dei miti della completezza dell'ordinamento giuridico — non è nemmeno necessario soffermarsi, tanto frequentemente e persuasivamente quei motivi sono stati ripetuti anche in questi ultimi anni: in particolare, MAJELLO, *Brevi note in tema di concorrenza sleale,* in *Studi senesi,* 1967, p. 219 ss., 233; COMPORTI, *Esposizione al pericolo,* cit., p. 224; CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza,* cit., p. 143; FORCHIELLI, *Lesione dell'interesse,* cit., pp. 345-346; ID., *Responsabilità civile,* I, cit., p. 25 e p. 27; SCOGNAMIGLIO, *In tema di risarcibilità di danni derivanti da lesione di interessi legittimi da parte della pubblica amministrazione,* cit., p. 59; ID., voce « *Risarcimento del danno* », cit., p. 9; TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile,* in *Riv. dir. civ.,* 1967, I, p. 229 ss., 254; ID., *Il danno ingiusto,* cit., p. 7; LUPOI, *Il dolo,* cit., p. 519; TRIMARCHI, *Illecito,* cit., p. 94 ss.; PUECH, *L'illiceité dans la responsabilité civile extracontractuelle,* cit., p. 238 ss.; M. BARCELLONA, « *Scopo della norma violata* », cit., p. 350; LUMINOSO, *La tutela aquiliana,* cit., p. 23 ss.

Sull'impossibilità di un riferimento esclusivo al concetto di diritto soggettivo, si vedano d'altra parte BIERMANN, *op. cit.,* I, p. 320; WEYL, *System der Verschuldensbegriffe,* cit., p. 362; LEONHARD, *Bes. Schuldr.,* cit., p. 545 ss.; NIPPERDEY, *Grundfragen,* cit., p. 37; LARENZ, *Bes. Teil.,* cit., p. 329; LUNDSTEDT, *Die Unwissenschaftlichkeit,* II, 1, cit., p. 242 ss.; COING, *Zur Geschichte des Begriffs « subjektives Recht »*, in *Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit,* Frankfurt a.M.-Berlin, 1959, p. 55 ss.; v. CAEMMERER, *Wandlungen,* cit., p. 460; HORN, *Untersuchungen,* cit., p. 55; ESSER, *Schuldrecht,* II, cit., p. 395; FIKENTSCHER, *op. cit.,* p. 556. Per l'ambiente austriaco, analogamente, PFAFF, *Zur Lehre von Schadensersatz,* cit., p. 25, nota 76; MAYR, *Lehrbuch,* I, cit., p. 263; SCHREIER, *Schuld und Unrecht,* cit., p. 112. Per quello svizzero, v. TUHR, *Partie générale,* I, cit., p. 330; GUHL, *op. cit.,* p. 150; OFTINGER, *op. cit.,* p. 114; HINDERLING, *Persönlichkeit und subjektives Recht,* Basel, 1963, p. 42. Cfr. pure PIRSON-DE VILLÉ, *Traité,* I, cit., p. 413; DELYANNIS, *La notion,* cit., p. 88; LAWSON, *Das subjektive Recht im englischen Deliktsrecht,* nel vol. *Das subjektive Recht,* cit., p. 26 ss.

Per un sintetico bilancio dell'evoluzione della nostra dottrina, su questo

rispettare maggiormente la lettera dell'art. 2043 [60], e creda che il vocabolo in questione non implichi un rimando ad altre norme [61], ma debba definirsi più ampiamente restando nel quadro dell'illecito [62].

---

tormentato problema, si vedano gli efficaci rilievi di SCHRICKER, *Gesetzesverletzung und Sittenverstoss,* cit., pp. 157-167.

Una difesa dell'equazione tradizionale è stata compiuta recentemente da TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito,* cit., p. 41 ss., ma gli argomenti che l'autore avanza per giustificare il proprio tentativo risultano tutt'altro che convincenti (trattando della responsabilità del notaio per compimento di un atto nullo, l'autore afferma ad esempio — p. 44 — che « il riconoscimento di diritto soggettivo all'interesse al rispetto da parte del notaio degli obblighi a lui imposti » sarebbe « una conseguenza inevitabile, da un punto di vista di stretto diritto positivo, del riconoscimento del diritto al risarcimento del danno »).

Quanto alla nostra giurisprudenza, tra le decisioni che si sono scostate formalmente da quel limite, vanno ricordate Cass. 11 febbraio 1946, n. 117, in *Giur. it.,* 1947, I, 1, c. 147; Cass. 22 marzo 1957, n. 980, in *Foro it., Rep.,* 1957, voce cit., n. 50. Affiancano al diritto assoluto anche possesso e detenzione, Cass. 11 aprile 1972, n. 1111, in *Giur. it., Rep.,* 1972, voce cit., n. 39; Cass. 23 giugno 1972, n. 2109, *ivi,* n. 40; Cass. 26 giugno 1972, n. 2184, *ivi,* n. 41; Cass. 23 maggio 1972, n. 1601, *ivi,* n. 44; Cass. 28 marzo 1972, n. 991, *ivi,* n. 45. Aggiungono il diritto di credito, Cass. sez. un., 24 giugno 1972, n. 2135, *ivi,* 1972 voce cit., nn. 52 e 183; Cass. 30 marzo 1972, n. 1008, *ivi,* n. 181. Sottolinea comunque l'invalicabilità della frontiera rappresentata dai diritti soggettivi, Cass. sez. un., 4 luglio 1973, n. 1867, in *Giust. civ., Rep.,* 1973, voce cit., n. 3 e in *Arch. resp. civ.,* 1974, p. 93.

[60] Per tutti, RODOTÀ, *Il problema,* cit., p. 108 ss. Oppure, DELYANNIS, *La notion,* cit., p. 21 ss.

[61] Così invece, fra gli altri, PLANIOL, *op. cit.,* II, p. 260 e p. 277; BRUNETTI, *Il delitto civile,* cit., p. 11 ss.; CARNELUTTI, *Il danno e il reato,* cit., p. 62; ANTOLISEI, *L'offesa e il danno,* cit., p. 199 ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico,* cit., p. 25; GIUSIANA, *Il concetto,* cit., pp. 32-33; DEIANA, *La tutela del locatario,* cit., p. 32; Salv. ROMANO, *Il trasporto di cortesia,* cit., p. 492; BONASI BENUCCI, *Atto illecito e concorrenza sleale,* cit., p. 567; BRANCA, *Istituzioni,* cit., p. 580; DEVOTO, *L'imputabilità e le sue forme,* cit., pp. 80-81, nota 43; DE CUPIS, *Fatti illeciti,* cit., p. 19; SANTOSUOSSO, *Il risarcimento per l'uccisione del religioso,* cit., pp. 17-18; TORREGROSSA, *Il problema,* cit., p. 30; CATTANEO, *La responsabilità del professionista,* cit., p. 137; parzialmente anche CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza,* cit., p. 150; L. FERRI, *Recensione* a Briguglio, Lo stato di necessità, cit., in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1966, p. 320 ss., 321; FORCHIELLI, *Lesione dell'interesse,* cit., p. 348; ID., *Responsabilità civile,* cit., I, p. 35 e III, p. 6 e p. 84; FRIGNANI, *L'injunction,* cit., p. 416, nota 36.

[62] Cfr. appunto HUC, *Commentaire,* VIII, cit., pp. 533-534; FELS, *Die ausserkontraktliche Schadensersatzpflicht,* cit., p. 18; JUNG, *Delikt und Schadensverursachung,* cit., pp. 34-35; SCHREIER, *Faute et tort,* cit., p. 70; MARTY, *L'expérience française,* cit., p. 180; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORAN-

E ciò, non perché sia risolutivo l'esempio degli autori più moderni, così visibilmente insofferenti, varcata la soglia abituale, di fronte a chiusure e assolutismi [63]; pur se, in fondo, questo atteggiamento li unisce più di quanto li divida ciò che è proprio di ogni soluzione, per cui già apparirebbe ... eccezionale l'insistenza su modelli meno elastici nei casi in cui la colpa è perdonata.

Altri sono infatti i benefici che tale abbandono garantisce, e di essi il principale è la salvezza per l'ipotesi centrale del discorso, quella cioè che vuole esista un nesso fra *culpa* e giudizio di ingiustizia: rapporto già precluso in un disegno che, assegnando alla clausola di responsabilità un compito di semplice sanzione per torti precisati in altra sede, destinerebbe colpa e dolo alla funzione di meri strumenti di collegamento fra il danno e il chiamato a risarcire [64].

Negando che le fonti siano tipiche, risulta poi alterato l'equilibrio del modulo su cui la *culpa laevis* fondava la propria egemonia, stante l'ampliamento delle formule che occorre ormai usare per distinguere i beni rilevanti *ex lege Aquilia*: un dato cui non può non corrispondere lo sciogliersi del vecchio monopolio in una comunione di criteri, adatti alle diverse situazioni che possono venire in evidenza. Posto che un principio sia ammissibile, l'interprete potrebbe anzi applicarlo ovunque ciò apparisse necessario per rendere giustizia al danneggiato, senza essere tenuto volta a volta alla ricerca del testo che sancisse l'obbligo del terzo di astenersi.

Ciò è tanto più prezioso ed importante sul terreno di un crite-

---

DIÈRE, *Cours élémentaire,* II, cit., p. 219; DELYANNIS, *La notion,* cit., p. 9; W. WUSSOW, *Systematik,* cit., pp. 26-28. Tra i nostri interpreti, recentemente, BRIGUGLIO, *op. cit.,* p. 133; MESSINEO, *Manuale,* V, cit., p. 533 (sia pur in una prospettiva alquanto diversa); BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni,* II, cit., p. 436; COMPORTI, *Esposizione al pericolo,* cit., p. 38; BUSNELLI, *La lesione del credito,* cit., p. 68; GALOPPINI, *Appunti,* cit., pp. 7-12; SCOGNAMIGLIO, voce « *Risarcimento del danno* », cit., p. 11; TRIMARCHI, *Illecito,* cit., p. 95; P. BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali,* cit., p. 285; M. BARCELLONA, « *Scopo della norma violata* », cit., p. 354; LUMINOSO, *La tutela,* cit., p. 72 ss.

[63] In particolare, RODOTÀ, *Il problema,* cit., p. 148 dichiara che i « criteri di responsabilità, per la loro stessa funzione, sfuggono ad ogni classificazione di ordine gerarchico, che non sia unicamente fondata su considerazioni quantitative ». Analogamente COMPORTI, *Esposizione al pericolo,* cit., p. 248. Si vedano anche le considerazioni di TRIMARCHI, *Illecito,* cit., p. 98. Da ultimi, CARNEVALI, *La responsabilità del produttore,* Milano, 1974, p. 250; ALPA, *op. cit.,* p. 379. Cfr. pure gli autori citati *retro,* cap. IX, nota 53. In generale ENGISCH, *Introduzione,* cit., p. 126.

[64] Rilievi analoghi in v. TUHR, *Partie générale,* I, cit., p. 330, nota 57.

rio qual è il dolo, nel cui segno si svolge abitualmente la tutela di interessi che la legge non ha assunto a diritti soggettivi [65]. Il fatto che, in pratica, quel limite sia stato sovente oltrepassato — se può attestare forse la saggezza di chi lo teorizzava verbalmente — conferma quanto poco servirebbe insistere in una sua difesa; a parte che è difficile scordare gli abusi costruttivi perpetrati in tante « invenzioni » di diritti [66], abusi che non sempre i nostri giudici potrebbero esser pronti a rinnovare [67].

---

[65] Basta pensare all'art. 833 cod. civ., dal quale risulta tutelato, accanto al titolare di un diritto, il portatore di un qualsiasi interesse suscettibile di assumere rilevanza giuridica (cfr. Trib. Roma, 31 maggio 1971, in *Giur. it.*, 1972, I, 2, c. 681; e già BONFANTE, *Criterio fondamentale*, cit., p. 533).

[66] V. soprattutto le considerazioni di BUSNELLI, *La lesione*, cit., p. 62; DELYANNIS, *La notion*, cit., p. 128, testo e nota 7; GALOPPINI, *Appunti*, loc. ult. cit.

[67] Cfr., con particolare attinénza ai diritti della personalità — troppo spesso « desunti dalla norma penale... in modo da giustificare per tale via la tutela risarcitoria che il legislatore ricollega ad una specifica fattispecie di reato » — TUCCI, *Il danno ingiusto*, cit., p. 8 (e, più ampiamente, in tutto il quinto capitolo dell'opera); analogamente TRIMARCHI, *Illecito*, loc. ult. cit.; SCHLESINGER, *La « ingiustizia »*, cit., p. 338 ss., il quale osserva come la dottrina, nel momento in cui « finisce con accogliere il principio che la tutela privatistica di tali interessi sia più ampia della corrispondente tutela penalistica », contraddice le stesse premesse da cui muove. Assai preciso anche DELYANNIS, *op. ult. cit.*, p. 134; e si vedano VISINTINI, *La responsabilità civile*, cit., p. 39; BESSONE, *Diritto soggettivo e « droits de la personnalité »*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 1175 ss., 1186-1188; v. TUHR, *op. ult. cit.*, p. 326, nota 17; IANNUZZI, *Contributo allo studio del risarcimento nella teoria generale del diritto*, in *Studi Senesi*, 1953, p. 53 ss., 96 ss.

Sull'impossibilità di fondare la responsabilità civile per falsa testimonianza (art. 372 cod. pen.) sopra la lesione di un preteso « diritto alla non falsa testimonianza », MAIORCA, *Colpa civile*, cit., p. 600; quella per omissione di soccorso, sulla violazione di un ipotetico « diritto soggettivo al soccorso », MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, cit., p. 125, nota 13 (e gli Aa. ivi richiamati); quella dell'autore di un blocco stradale — verso il proprietario delle merci trasportate da un veicolo altrui — sulla lesione di un « diritto soggettivo alla libera circolazione delle merci », SCHLESINGER, *op. cit.*, pp. 339-340 (oppure FORCHIELLI, *Lesione*, cit., p. 346); quella per truffa, sulla violazione di un diritto a non essere truffati, v. TUHR, *op. cit.*, p. 330 (diversamente invece FEDELE, *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, cit., p. 105).

Così anche per quanto concerne la responsabilità del notaio verso l'erede e il legatario designati in un testamento pubblico risultante poi nullo, verso il terzo che confida nella validità di un falso titolo di credito, oppure verso colui che fa credito al commerciante per ignoranza dei protesti non pubblicati

Né il termine, che viene così apposto, fra gli ambiti del danno e dell'illecito [68], attenua in qualche modo l'importanza del ruolo che

---

(sull'impossibilità di riconoscere in quegli interessi altrettanti diritti soggettivi, CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 152). E per la responsabilità in materia di concorrenza sleale, FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, I, cit., p. 22. Poco feconde allora le proposte di MORIN, *Quelques observations critiques sur le concept d'abus du droit*, in *Rec. Lambert*, cit., II, p. 466 ss., o insistenze come quelle di DABIN, *Le droit subjectif*, cit., p. 276; e ben più realista, al confronto, VENEZIAN, *Danno e risarcimento*, cit., allorché, dopo aver affermato che « nel diritto positivo è ovvio il criterio per distinguere interesse da diritto » — « ... carattere generale del diritto sia questo, che la legge lo abbia munito di sanzione, in qualunque modo, in qualunque forma ciò avvenga » — concludeva che « per quanto semplice sia questo criterio, non ne sono meno difficili e controverse le applicazioni » (p. 142).

[68] L'affermazione della inseparabilità fra i due momenti — nel senso almeno dell'individuazione di un danno in ogni ipotesi di illecito — è stata frequente nella dottrina del passato: ad esempio THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, cit., p. 52; KRAINZ, *System*, II, cit., p. 307; FERRINI, *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 736; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 425; CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., p. 12 s. (v. comunque *ivi*, p. 19); ID., *Perseverare diabolicum*, cit., p. 99; VENZI, *Note* a Pacifici Mazzoni, op. cit., IV, 1, p. 357 ss.; HÖHN, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 27; AGATSTEIN, *Le dol des incapables*, cit., p. 102; ancora FERRINI, voce « *Illecito* (*in genere*) », cit., p. 663. Ma alla stessa posizione si rifanno anche non pochi degli scrittori moderni, come GIUSIANA, *Il concetto*, cit., p. 24; DI BLASI, *op. cit.*, p. 770; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 27 ss.; QUAGLIARIELLO, *Sulla responsabilità da illecito*, cit., p. 9; ALESSI, *La responsabilità della p. a.*, cit., p. 9; LEVI, *Teoria generale*, cit, p. 384 ss.; BRASIELLO, *I limiti*, cit., p. 329 ss., specialmente p. 334; FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 22 ss.; BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 131 e p. 135; TORREGROSSA, *op. cit.*, p. 21; CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 157 ss. (v. però p. 60); DE CUPIS, *Fatti illeciti*, cit., p. 20; ID., *Il danno*, I, cit., p. 10 ss. Essa si spiega quasi sempre con l'utilizzazione del termine « danno » non già nel senso di « pregiudizio economico », ma in quello più generico di « lesione d'interesse » (in tal senso, già ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913, p. 278; VENEZIAN, *op. cit.*, pp. 16-17; PAOLI, *Il reato, il risarcimento, la riparazione*, cit., p. 220; INVREA, *La nozione di torto*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 279). Per una critica a questa definizione, si vedano però Alb. EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung*, cit., p. 165 ss.; PACCHIONI, *Dei delitti e quasi-delitti*, cit., p. 50; CASETTA, *L'illecito*, cit., p. 39; SCHLESINGER, *La « ingiustizia »*, cit., p. 336, nota 1. Occorre comunque avvertire che alcuni degli scrittori citati, nel parlare di illecito, mostrano spesso di volersi riferire alle sole figure previste dalle norme sulla responsabilità extracontrattuale: le loro affermazioni sembrano allora doversi intendere soprattutto come sottolineatura del fatto che, per l'art. 2043 e ss., non vi può essere responsabilità civile se non v'è danno.

La dottrina più recente distingue in modo netto fra i due termini: per

il riguardo per la *culpa* può assolvere nel primo dei due campi [69]; la prova, a parte ogni altra osservazione [70], è in tutti i vari articoli del codice che ammettono chi è leso in un diritto a chiedere la *restitutio in integrum* quand'anche l'autore sia incolpevole, magari minore od

---

tutti, DEIANA, *La tutela del locatario*, cit., p. 17 e p. 30, nota 42; BONASI BENUCCI, *Atto illecito e concorrenza sleale*, cit., p. 569; DEVOTO, *L'imputabilità*, cit., p. 45 e p. 83; ID., *La concezione dell'illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 498 ss., 507; ancora CASETTA, *op. cit.*, p. 16 s.; V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 115; IANNUZZI, *Contributo*, cit., p. 68; DEUTSCH, *Fahrlässigkeit*, cit., p. 214; SCOGNAMIGLIO, voce « *Risarcimento del danno* », cit., p. 10; PUCCINI, *Il dolo civile*, cit., p. 344; BIANCA, *Dell'inadempimento*, cit., p. 228, nota 6; DI PRISCO, *Concorso di colpa*, cit., p. 342; TUCCI, *Responsabilità civile e danni ingiusti*, cit., p. 455. Più sfumato, RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, cit., p. 26. Nella letteratura precedente, soprattutto v. LISZT, *Deliktsobligationen*, cit., p. 7; BIERMANN, *op. cit.*, p. 332, nota 2; v. TUHR, *Allgem. Teil des Deutsch. Bürg. Rechts*, II, 2, cit., p. 456, nota 14 a; ID., *Recensione* a Fischer, op. cit., p. 64; SALEILLES, *L'obligation*, cit., p. 365, nota 1; DEMOGUE, *Traité*, 1, IV, cit., p. 34; ANTOLISEI, *L'offesa e il danno*, cit., p. 39 ss. (v. però p. 199); TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 230, nota 3 e p. 316; SCADUTO-RUBINO, voce « *Illecito (Atto)* », cit., p. 707; CESARINI SFORZA, *Risarcimento e sanzione*, cit., p. 149; RUTSAERT, *Le fondement*, cit., p. 47.

Qualcuno potrebbe far notare come l'espressione « fatti *illeciti* » sia proprio quella che il legislatore ha adottato per la rubrica del titolo IX del quarto libro del nostro codice civile: ma si è osservato che « soltanto un gretto formalismo potrebbe... vincolare l'interprete alle sovente inesatte o inadeguate definizioni giuridiche contenute nelle norme » (CASETTA, *op. cit.*, p. 64, nota 128; cfr. pure WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund*, cit., p. 55, nota 188; SCOGNAMIGLIO, voce « *Responsabilità civile* », cit., p. 637; ID., voce « *Illecito (diritto vigente)* », in *Noviss. dig. it.*, VIII, 1962, p. 164 ss., 171; ID., *Interessi legittimi*, cit., p. 58, dove si insiste, d'altra parte, « sull'opportunità di mantener ferma, con avvertenza del suo valore traslato, la terminologia tradizionale ed accolta dal codice civile »).

[69] Così invece, con non molto diverse intonazioni, RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 126; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, cit., pp. 74-75; CARBONE, *Il fatto dannoso*, cit., p. 127 ss.; P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, cit., p. 333. Da ultimo, ALPA, *op. cit.*, p. 313 s.

[70] Non occorre, cioè, dire espressamente come nessun ripudio della categoria dell'illiceità — possedesse pur questa la carica individualistica che le si attribuisce — potrebbe mai da solo conferire un'impronta obiettiva e obiettivizzante a quella parte della responsabilità che è retta dai criteri soggettivi, e soprattutto all'ambito controllato dal dolo (sull'ispirazione di siffatti tentativi, solo in parte giustificati dall'esigenza di reagire ai pregiudizi correnti in materia, si veda *infra*, Cap. XI, n. 5).

interdetto, oppure incapace naturale [71]. È falso, cioè, che l'atto *contra ius* debba essere cosciente e volontario, ai fini del rimedio petitorio o della tutela preventiva [72], e sia per sua natura inseparabile dall'idea

---

[71] Cfr. SAVIGNY, *Le obbligazioni*, II, cit., p. 270; ZITELMANN, *Ausschluss der Widerrechtlichkeit*, cit., p. 34 ss.; FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, cit., p. 109 e p. 125; v. TUHR, *Allg. Teil des Deutsch. B. R.*, cit., p. 54; ID., *Recensione* a Fischer, cit., p. 68; ANTOLISEI, *L'offesa e il danno*, cit., p. 167; SCADUTO-RUBINO, *op. cit.*, p. 704; L. RIPERT, *La réparation du préjudice*, cit., p. 49; STARCK, *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute*, cit., p. 501; DELYANNIS, *op. cit.*, p. 164; DEVOTO, *L'imputabilità*, cit., p. 55, p. 58, p. 61, p. 83; SCOGNAMIGLIO, voce « *Illecito* », cit., p. 169; Ernst WOLF, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 475; LARENZ, *Vertrag und Unrecht*, II, cit., pp. 18-19 (pur con la precisazione doversi qui parlare di « Rechtswidrigkeit », non di « Unrecht »; diversamente, però, e per l'unità delle due figure, in *Festschrift Dölle*, cit., p. 169 ss.; nel primo senso invece, ancora, v. CAEMMERER, *Wandlungen*, cit., p. 543).

[72] Soprattutto IHERING, *Das Schuldmoment*, cit., pp. 5-6, e sulla sua orma HAELSCHNER, *Die Lehre vom Unrecht und seine verschieden Formen*, in *Gerichtsaal*, 1869, p. 24. Con riferimento al problema degli incapaci, THON, *op. cit.*, p. 84. E ancora HEYSSLER, *Das Civilrecht und seine Formen*, cit., p. 12, e pp. 20-21; HÖHENLOHE, *Die Gründe der Schadensersatzpflicht im Recht und Moral*, Regensburg, 1914, p. 28 ss.; BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 170 ss.; Th. WOLFF, *Über die falsche Reklame*, cit., p. 16; v. LISZT, *Deliktsobligationen*, cit., p. 7; VENEZIAN, *Danno e risarcimento*, cit., p. 19.

Si vedano inoltre BINDING, *Die Normen*, I, cit., § 25, p. 220 ss.; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, XXXI, cit., p. 595; LAURENT, *Principii*, XX, cit., § 406, p. 323; SAVATIER, *Des effets et de la sanction du devoir moral*, Poitiers, 1916, p. 19; BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, cit., I, p. 201 ss. e III, p. 3 ss.; v. TUHR, *Partie générale*, cit., I, p. 348; LEVI, *Restituzioni*, cit., p. 242.

Recentemente, STARCK, *Essai*, cit., p. 198; v. CAEMMERER, *Wandlungen*, cit., p. 545; Hans STOLL, *Zum Rechtfertigungsgrund*, cit., p. 139; DEUTSCH, *Fahrlässigkeit*, cit., p. 83 e p. 88; SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., p. 11; BARASSI, *La teoria generale*, II, cit., p. 429; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, cit., p. 75; M. GIORGIANNI, voce « *Inadempimento (dir. priv.)* », cit., p. 888; LARENZ, *Die Schadenshaftung nach dem Wasserhaushaltsgesetz*, cit., p. 601.

La possibilità di rinvenire ipotesi in cui, malgrado l'assenza di un comportamento in senso stretto, si verifica una situazione contro la quale è concesso al titolare del diritto violato un rimedio di tipo negatorio, rimane a nostro avviso un elemento tale da incrinare irremissibilmente le possibilità di successo dei sostenitori dell'« handlungsbezogene Rechtswidrigkeit » (*infra*, nota successiva). Gli sforzi di questi ultimi per escludere tali ipotesi dal campo di indagine (ad esempio, WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund*, cit., p. 54; WEIMAR, in *JuS*, 1962, cit., pp. 136-137; GRUNSKY, *Recensione* a Münzberg, op. cit., in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 1086 ss., 1089) — sforzi che finiscono per duplicare senza sufficienti giustificazioni la nozione di antigiuridicità (signi-

di una condotta riprovevole [73]. Certo, il profilo dell'antigiuridicità

---

ficativo il mutamento di pensiero di Larenz) — tradiscono troppo spesso unilateralità o apriorismi (giuste pertanto le distinzioni di Löwisch, *Rechtswidrigkeit und Rechtfertigung*, cit., p. 428; ancora Stoll, in *JZ*, 1958, pp. 142-143; oppure Devoto, *La concezione analitica*, cit., p. 517, nota 59; Weitnauer, *Remarques*, cit., p. 826), non ultimo quello di affrontare il discorso sull'antigiuridicità dal solo punto di vista del *Verletzer* (tipico il motivo della cieca catena causale, tanto caro a Nipperdey). Da noi il problema è diverso e meno arduo, perché più marcata è la separazione tra antigiuridicità e responsabilità, mentre quest'ultima può trovare nell'« ingiustizia » del danno il suo elemento caratteristico e unitario; ma in Germania — dove la *Sozialadäquanz* resta « ein Name für ein Ergebnis, keine Begründung » (Wiethölter, *op. cit.*, p. 58; oppure Esser, *Responsabilité et garantie*, cit., p. 490; Weitnauer, *Aktuelle Probleme*, cit., p. 588) — il Finalismo si è giovato sin troppo del fatto che non sia stato offerto alla *Gefährdungshaftung* un correlato dogmatico paragonabile a quello che è la *Rechtswidrigkeit* per l'*Unrecht*. D'altra parte, le pregiudiziali ontologistiche non sono affatto indispensabili per concludere che, nel campo della « responsabilità soggettiva », il giudizio di ingiustizia sia inscindibile dalla scelta del criterio di collegamento; restano quindi soltanto i pregi di uno strumento culturalmente progredito per valutare, anche in diritto civile, certe ipotesi di contegno doloso, o quei casi di colpa in cui il riguardo per il piano dell'agente si rivela necessario e imprescindibile.

[73] Né varrebbe rilevare che in ipotesi come quelle accennate nel testo, dove l'azione è concessa indipendentemente da ogni valutazione sulla reprensibilità del comportamento del convenuto, si è fuori da una rigorosa accezione di illecito: e che non sono figure del genere a incarnare la prospettiva nel cui abbandono si ravvisa il punto di partenza per una diversa sistemazione della responsabilità.

Occorre infatti tener presente che la categoria in questione non è stata certo elaborata in termini così ristretti, ma ha ricompreso sin dall'inizio situazioni di torto « oggettivo » — Ihering, *Das Schuldmoment*, loc. ult. cit. (« Wie sollen wir den Zustand des gutgläubigen Besitzers einer fremden Sache bezeichnen? ein rechtmässiger ist er nicht; es bleibt also nichts anderes übrig, als ihn einen unrechtmässigen zu nennen. Ich sehe gar nicht ein, wie der Jurist diese Bezeichnung sollte entbehren können... »); Pfaff, *Zur Lehre von Schadensersatz*. cit., p. 11; Regelsberger, *Pandekten*, I, cit., p. 193 ss.; Thon, *op. loc. ult. cit.*; Venezian, *Danno e risarcimento*, cit., p. 2 ss. e p. 16 ss.; Windscheid, *Pandette*, cit., I, p. 343 ss. — conservando anche negli immediati sviluppi successivi, malgrado le frequenti riserve circa la felicità dell'esempio di Ihering, le medesime caratteristiche di fondo: v. infatti M. Rümelin, *Schadensersatz ohne Verschulden*, cit., p. 21, nota 2; Endemann, *Lehrbuch*, I, cit., p. 424 ss., specialmente p. 428 e p. 1268; Crome, *System*, I, cit., p. 474; Liepmann, *Einleitung in das Strafrecht*, cit., p. 17; v. Bonnot, *Grundriss*, cit., p. 29; Zitelmann, *Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, I, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 155; Id., *Ausschluss der Widerrechtlichkeit*, cit., p. 2, nota 1; Biermann, *Bürgerliches Recht*, I, cit., p. 320; Fischer, *Die*

continua a rimanere inconfondibile rispetto a quello del risarcimen-

---

Rechtswidrigkeit, cit., p. 117 ss. e specialmente p. 124 s.; Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, III, cit., p. 237 ss. e V, p. 207 ss.; Eltzbacher, *Die Handlungsfähigkeit nach bürgerlichem Recht*, I, *Das rechtswirksame Verhalten*, Berlin, 1903, p. 103 ss.; Burchard, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 78; Krückmann, *Verschuldensabrechnung, und Gefährdungsaufrechnung*, cit., p. 447; Müller, *Die Bedeutung*, cit., p. 21 ss. e p. 43; Randa, *Die Schadensersatzpflicht*, cit., p. 30; Rosenthal, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., II, p. 211; v. Tuhr, *Der Allg. Teil des deutsch. bürg. Rechts*, II, 2, cit., p. 453; Schulz Schaeffer, *Das subjektive Recht*. cit., p. 39 ss.; O. v. Gierke, *Schuldrecht*, cit., p. 74, nota 46 (« ... dort ist auch zu zeigen, dass der Begriff der unerlaubten Handlung immer rechtswidriges, nicht aber schuldhaftes Verhalten voraussetzt »); K. Wolff, *Verbotenes Verhalten*, cit., p. 186 ss.; Leonhard, *Bes. Schuldrecht*. cit., p. 542 e p. 600; Siber, *Schuldrecht*, cit., p. 469; Kress, *Allg. Schuldrecht*, cit., p. 330 e *Bes. Schuldrecht*, cit., p. 319; Alb. Ehrenzweig, *Die Schuldhaftung*, cit., p. 116 ss.; Bienenfeld, *Die Haftungen ohne Verschulden*, cit., *passim*, e ad esempio p. 36, p. 398 ss. e p. 459; Larenz, *Vertrag und Unrecht*, cit., II, p. 10; Känzig, *op. ult. cit.*, p. 71 ss.; Exner, *Fahrlässiges Zusammenwirken*, cit., p. 193 ss.; J. Goldschmidt, *Normativer Schuldbegriff*, cit., pp. 437-438; Oftinger, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, cit., p. 118; Görner, *op. cit.*, pp. 504-505; Soergel (-Lindenmaier), op. cit., p. 578; Gschnitzer, *Bes. Schuldrecht*, cit., p. 153; Venzmer, *Mitverursachung*, cit., p. 50, nota 2; Rödig, *Erfüllung des Tatbestandes*. cit., p. 68 ss.; Staudinger (-Werner), *op. cit.*, p. 312.

Non sarebbe allora corretto, proprio perché la polemica vuol svolgersi nei confronti del profilo classico dell'illiceità, assumere come bersaglio quel più ristretto concetto di quest'ultima che può esser stato rivendicato da una certa parte della dottrina. Occorrerebbe quantomeno dimostrare — e la realtà non lo consente certamente — che a tale più limitata nozione ha continuato a far capo chi in passato unificava illiceità e responsabilità per il danno; senza contare che quelle stesse precisazioni si sono risolte molto spesso in un mutamento terminologico, comportando nient'altro che il passaggio da una distinzione mantenuta sul piano dei predicati (torto oggettivo e soggettivo, antigiuridicità oggettiva e soggettiva), ad una differenza tracciata fra due sostantivi differenti (antigiuridicità e illiceità) (cfr. Maiorca, *Colpa civile*, cit., p. 550).

Qui, comunque, basterà far rilevare come, anche nella versione dei fautori di una concezione meno ampia dell'illecito, l'elemento soggettivo sufficiente a caratterizzare in tal senso un certo atto *contra ius* sia stato abitualmente individuato nella semplice imputabilità del suo autore (su ciò, diffusamente, Kipp, *Über den Begriff der Rechtsverletzung*, cit., p. 6; Fischer, *op. ult. cit.*, p. 122 ss. e p. 136; Scognamiglio, voce « *Illecito* », cit., p. 171; oppure Charmont, *Les transformations*, cit., p. 236; V. Giorgianni, *L'abuso*, cit., p. 232; per la compatibilità tra illiceità e difetto di imputabilità, Larenz, *op. ult. cit.*, p. 19; Barassi, *Obbligazioni*, cit., II, p. 425; Devoto, *L'imputabilità*, cit., p. 12 e p. 31, nota 46; Forchielli, *Responsabilità civile*, I, cit., p. 102; *contra* però, su questo punto, Delyannis, *La notion*, cit., p. 8,

nota 21; ESSER, *Schuldrecht,* cit., p. 69). E pure negli scrittori più recenti, che abbandonano l'identificazione dell'illiceità con l'antigiuridicità (per la quale, ad esempio, DE CUPIS, *Il danno,* cit., p. 15; V. GIORGIANNI, *op. ult. cit.,* p. 233, almeno nel linguaggio), e distinguono la prima, « predicabile solo dell'atto umano », dalla seconda, « predicato di qualsiasi fatto o situazione... che non sia conforme a diritto » (così TRIMARCHI, *Illecito,* cit., p. 90; analogamente SCADUTO-RUBINO, *op. cit.,* p. 704; MAIORCA, *Colpa civile,* cit., p. 549 ss., specialmente p. 556; RUBINO, *La fattispecie,* cit., p. 32; ancora MAIORCA, *Fatto giuridico - Fattispecie,* cit., p. 117; ALBANESE, voce « *Illecito* (*Storia*) », in *Enc. del dir.,* XX, p. 52 ss.; lo stesso DE CUPIS, *Fatti illeciti,* cit., p. 7; DEVOTO, *La concezione analitica,* cit., p. 505; CARBONE, *Il fatto dannoso,* cit., p. 82; e ancora, BINDING, *Die Normen,* I, cit., p. 220 ss.; STOLL-FELGENTRAEGER, *op. cit.,* p. 194 e p. 231; LARENZ, *Bes. Teil,* cit., pp. 326-327; MENGONI, *Obbligazioni di « risultato » e obbligazioni di « mezzi »,* cit., p. 46; HORN, *Untersuchungen,* cit., p. 70; BIANCA, *Dell'inadempimento,* cit., p. 309; ESSER, *Schuldrecht,* I, cit., p. 57; Eike SCHMIDT, *Grundlagen,* cit., p. 496 ss.; SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.,* p. 167), è facile accorgersi che della tormentata categoria rimangono a far parte atti che, per essere illeciti, non debbono esser stati compiuti necessariamente con colpa o con dolo (così, in modo esplicito, SWOBODA, *Das Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 76; LEHMANN, *Allgemeiner Teil,* cit., p. 321; ANTOLISEI, *L'offesa e il danno,* cit., p. 25 e p. 167; SCIALOJA, *Negozi giuridici,* cit., p. 343; CASETTA, *L'illecito,* cit., p. 60; MESSINEO, *Manuale,* V, cit., p. 532 e p. 550; BONASI BENUCCI, *Atto illecito e concorrenza sleale,* cit., p. 580; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allg. Teil,* 2, cit., p. 1278; SOERGEL-ZEUNER, *op. cit.,* p. 847; ZEUNER, *Gedanken über Bedeutung und Stellung des Verschuldens im Zivilrecht,* cit., p. 4; FRIGNANI, *L'injunction,* cit., p. 420; M. ROTONDI, *La disciplina della concorrenza negli Stati Uniti e la sua evoluzione verso la tutela della eguaglianza nella concorrenza,* in *Riv. dir. comm.,* 1962, I, p. 410 ss., 426).

A favore della « rechtsgutbezogene Rechtswidrigkeit » o « Erfolgsunrecht » — contrapposta alla « handlungsbezogene Rechtswidrigkeit » o « Handlungsunrecht » — si vedano poi G. BOEHMER, *Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung,* I, Tübingen, 1950, p. 19; LARENZ, *Möglichkeit einer Begrenzung der Haftung über Kausalität, Rechtswidrigkeit, Verschulden,* in *Karlsruher Forum,* 1959, p. 10 ss., 14; ID., *Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht,* cit., p. 169 ss.; ID., *Methodenlehre,* cit., p. 451 ss.; GUHL, *op. cit.,* p. 150; NAGLER, *Der Begriff der Rechtswidrigkeit,* cit., p. 339 ss.; LEHMANN, *Begrenzung der Rechtswidrigkeit unter vergleichender Berücksichtigung des schweizerischen Rechts,* cit., p. 189 ss.; SOERGEL (-Reimer SCHMIDT), *op. cit.,* § 276, Bem. 8; Hans STOLL, *op. ult. cit.,* pp. 141-142; REHFELDT, *Einführung,* cit., p. 229 ss.; ERMAN in ERMAN, *Handkommentar,* cit., p. 531 ss.; BINDOKAT, *Mehrerlei Unrecht?,* cit., p. 555; FIKENTSCHER, *Schuldrecht,* cit., p. 254 ss.; PALANDT (-GRAMM), *op. cit.,* p. 679; KOZIOL-WELSER, *Grundriss,* cit., pp. 180-181; AMTMANN, *Vereinbarte Ausschliesslichkeitsrechte,* cit., p. 65; MEDICUS, *Bürgerliches Recht,* cit., p. 248. *Contra,* notoriamente, ZIPPELIUS, *Das Unrecht bei der versuchten und der vollendeten Tat,* in *NJW,* 1954, p. 1837; ID., *Erfolgsunrecht und Handlungsunrecht, ivi,* 1957, p. 1707 ss.; ID., *Die Rechtswidrigkeit von Handlung und*

to [74]: ma ciò non per l'aspetto soggettivo, che è simile semmai nei

---

Erfolg, cit., p. 390 ss.; v. CAEMMERER, *Wandlungen,* cit., p. 543; ID., *Die absoluten Rechte,* cit., p. 567 ss.; WEIMAR, *Der « Rechtfertigungsgrund »,* cit., p. 135; Dieter SCHWAB, *Die deliktische Haftung,* cit., pp. 20-21; e soprattutto NIPPERDEY, *Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht,* cit., p. 1777 ss.; ID., *Rechtswidrigkeit und Schuld im Zivilrecht,* in *Karlsruher Forum,* 1959, p. 3 ss., 7; ID., *Tatbestandaufbau und Systematik der deliktischen Grundtatbestände,* cit., p. 1990 s.; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allg. Teil,* 2, cit., p. 1280 ss., il quale sottolinea però con particolare energia — p. 1278 — che « eine Handlung kann daher rechtswidrig sein, ohne dass den Handelnden zugleich auch ein Verschulden zu treffen braucht », e che « Widerrechtlichkeit und Schuld sind mithin scharf voneinander zu scheiden »; così N. anche in *Tatbestandaufbau,* cit., p. 1993; e cfr. parimenti v. CAEMMERER, *Wandlungen,* cit., p. 544 (« Objektiv rechtswidriges Handeln kann insbesondere dann schuldlos sein... »); MERTENS-REEB, *Grundfälle,* cit., 1971, p. 412 e p. 469; ZEUNER, *op. ult. cit.,* p. 45.

Rimangono così solo gli autori ostili ad ammettere una separazione fra i due profili dell'antigiuridicità e della colpevolezza (MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen,* I, cit., pp. 43-57; FERRINI, *Delitti e quasi-delitti,* cit., p. 737; SALANSON, *De l'abus du droit,* Paris, 1903, p. 119 ss.; HOLD v. FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit,* cit., I, p. 276 ss. e II, p. 14 ss.; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale,* I, cit., p. 37; in seguito PETROCELLI, *L'antigiuridicità,* cit., p. 37; BRASIELLO, *I limiti,* cit., p. 132; CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza,* cit., *passim,* e ad esempio p. 387 ss.; parzialmente BARASSI, *op. ult. cit.,* II, p. 424; BARBERO, *Sistema,* II, cit., p. 816; e ancora PUCHTA, *Vorlesungen,* II, cit., p. 90; Hellmuth MAYER, *Der bindende Befehl,* cit., p. 618 ss.; v. BÜREN, *Schweizerisches Obligationenrecht,* cit., p. 257 ss.; BAUMANN, *Die Rechtswidrigkeit der fahrlässigen Handlung - Bemerkungen zur Sozialadäquanz und zur Plenarentscheidung des BGH v. 4.3.1957,* in *Monatsschr. für Deutsch. Recht,* 1957, p. 646 ss., 647), e dei quali non interessa tuttavia commentare le posizioni o criticare i risultati — ad esempio l'affermazione di liceità per quegli atti in cui l'obbligo restitutorio è indipendente dall'esistenza di una colpevolezza (PETROCELLI, *op. cit.,* p. 28, nota 33; CIAN, *op. cit.,* p. 389) — dal momento che la polemica cui ci stiamo riferendo non mostra di averli assunti quali interlocutori esclusivi; e, del resto, non son certo questi autori — che pur respingono sovente ogni confusione fra illecito e responsabililità — a dimostrare la maggiore insensibilità per il momento soggettivo anche in questo secondo ambito (e non sempre per una meccanica trasposizione di ottica o di concetti, tant'è che la maggior parte di essi — PETROCELLI, *op. cit.,* p. 60 ss.; NIESE, *Die moderne Strafrechtsdogmatik,* cit., p. 465; v. BÜREN, *op. cit.,* p. 24 ss.; WIETHÖLTER, *op. cit.,* p. 52; lo stesso CIAN, *op. cit.,* Introduzione, p. VII; e già N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa,* cit., p. 206 — non può davvero essere accusata di sordità per i motivi del rischio e per i problemi della responsabilità oggettiva).

[74] Cfr. già SAVIGNY, *Le obbligazioni,* cit., p. 269; WINDSCHEID, *Pandette,* cit., I, 1, p. 406 e p. 479; ENDEMANN, *op. cit.,* p. 431; FISCHER, *Rechts-*

due settori nel fatto di poter essere o meno, secondo le ipotesi legali, un requisito della fattispecie [75].

---

widrigkeit, cit., p. 113; BRUNETTI, *Il delitto civile,* cit., p. 14 ss.; COSACK-MITTEIS, *op. cit.,* p. 393; MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale,* cit., p. 154 In seguito, ad esempio, BIENENFELD, *Die Haftungen ohne Verschulden,* cit., p. 127; LARENZ, *Vertrag und Unrecht,* cit., p. 9; EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung,* cit., pp. 160-161; LUNDSTEDT, *Legal thinking revised,* Stockholm, 1956, p. 37 s.; STARCK, *Essai,* cit., p. 40 ss. e p. 199, nota 4; OFTINGER, *op. cit.,* p. 29 e p. 117, nota 33; CASETTA, *L'illecito,* cit., p. 57 ss.; TITZE, *Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 37 e p. 210; ENNECCERUS-LEHMANN, *op. cit.,* p. 58; v. CAEMMERER, *Wandlungen,* cit., p. 543; DI MAJO GIAQUINTO, *Profili,* cit., p. 82 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Interessi legittimi,* cit., p. 56; BAUMANN, *Schuld und Verantwortung,* in *JZ,* 1962, p. 41 ss., 44; BÜNING, *Die Verjährung der Ansprüche aus unerlaubten Handlungen,* Köln-Berlin-Bonn-München, 1964, p. 2; RODOTÀ, *Il problema,* cit., p. 115; NIPPERDEY, in *NJW,* 1957, loc. cit.; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg,* cit., p 72 ss. e p. 158, nota 314; HELLE, *Der Schutz der persönlichen Ehre,* cit., p. 71 ss. Più eclettica, ma in sostanza analoga, la sistemazione di MAIORCA, *Colpa civile,* cit., p. 556; parzialmente diversa, e con motivazioni per noi inaccettabili, quella di GIUSIANA, *Il concetto,* cit., p. 24, pp. 35-36 e p. 44 ss. Recentemente, ancora, CIAN, *op. cit., Introd.,* p. VII; STAUDINGER (-WERNER), *op. cit.,* p. 6; CARBONE, *op. cit.,* p. 57 ss.; REALMONTE, *Il problema,* cit., p. 1 ss. e p. 5, nota 10; ESSER, *Schuldrecht,* I, cit., p. 57 e p. 270; TUCCI, *Il danno ingiusto,* cit., p. 3 e p. 43; ZACHERT, *Gefährdungshaftung und Haftung aus vermuteten Verschulden im deutschen und französischen Recht,* Frankfurt a.M.-Berlin, 1971, p. 179; LUMINOSO, *op. cit.,* p. 4 e p. 62 ss.; TUNC, *Tort law and the moral law,* cit., p. 250; DI PRISCO, *Concorso di colpa,* cit., p. 254, nota 48; FRIGNANI, *L'injunction,* cit., p. 413.

[75] Semmai è proprio la responsabilità civile, là dove è retta da criteri soggettivi, ad apparire nel confronto più sensibile alle modalità del comportamento lesivo: posto che, per nascere, essa non si accontenta neppur sempre della negligenza del danneggiante, e dato che la sua misura risente assai più spesso del grado di colpevolezza della condotta (cfr. BARASSI, *La teoria generale,* II, cit., p. 538, nota 1; LEHMANN, *Allgemeiner Teil,* cit., p. 323).

Tutto questo, ad ogni modo, non implica un giudizio negativo sullo sforzo che è stato compiuto per tracciare quella distinzione: con essa, è infatti venuta meno ogni possibilità di restrizione del campo aquiliano al caso di violazione di una norma o di lesione di un diritto soggettivo, nonché di esclusione dell'azione di danni nell'ipotesi in cui la vittima si sia avvalsa del rimedio apprestato dall'ordinamento per reagire direttamente contro l'atto illecito (MÜNZBERG, *op. cit.,* p. 417); e si tratta di risultati che compensano abbondantemente la discutibile pretesa di dedurre da quell'abbandono anche un segno del generico obiettivarsi della responsabilità — pretesa che non tutti, del resto, hanno voluto avanzare, e che può esser lasciata cadere facilmente, proprio perché manca di giustificazioni storiche (si pensi alla stessa difficoltà di conciliarla con l'altra polemica verso chi in passato parlava di illiceità anche per la respon-

10. Piuttosto, e per venire all'altro punto sul quale la dottrina si divide, ci sembra non sia lecito o possibile spostare dal « danno » sopra il « fatto » l'appellativo formale di ingiustizia [76]; né appare cor-

---

sabilità oggettiva), lasciando così che rimangano in evidenza i soli meriti di questa pagina scritta dalla dottrina.

Si può soltanto osservare come i termini di quella separazione siano ormai stati illuminati a sufficienza, almeno in linea di principio, sicché il continuare a sottolinearli ancora, in chiave problematica, rischia di mantenere vivi una serie di temi curiosamente simili a quelli di chi un tempo identificava i due concetti: mentre occorre, casomai, mettere in luce quali siano le zone di interferenza fra questi differenti territori; un chiarimento necessario per spiegare, tra l'altro, l'esclusione del rimedio aquiliano in certi casi in cui pure v'è stato un danno ingiusto, (esclusione che si avrà, appunto, quando l'esercizio del mezzo specifico contro l'atto antigiuridico sia valso per se stesso ad eliminare il pregiudizio: *infra,* Cap. XI, n. 7), oppure certe restrizioni soggettive alla possibilità del risarcimento (allorché un limite, diverso dal consueto, sia previsto per azioni che assicurano un beneficio pratico sostitutivo del rimedio aquiliano).

[76] Così, a ben vedere, già chi esaurisce l'essenza dell'atto illecito nella violazione del dovere: ad esempio, PACCHIONI, *Dei delitti e quasi-delitti,* cit., p. 49; CARNELUTTI, *Teoria del falso,* cit., p. 90; oppure BARASSI, *La teoria generale,* cit., II, p. 432 (il quale postula peraltro la violazione dell'obbligo come requisito parallelo e ulteriore rispetto a quello della lesione del diritto). In termini ancor più espliciti, GAUDENZI, *Lineamenti della colpa* cit., p. 780; FEDELE, *Il problema della responsabilità del terzo,* cit., p. 117; BRASIELLO, *I limiti,* cit., p. 336; PUGLIATTI, *Alterum non laedere,* cit., p. 55; DE CUPIS, *Fatti illeciti,* cit., p. 18; ID., *Il danno,* cit., I, p. 13 e p. 67; SCHLESINGER, *La « ingiustizia » del danno,* cit., p. 342 ss.; RAVAZZONI, *La riparazione,* cit., p. 29; FORCHIELLI, *Lesione dell'interesse,* cit., p. 349. Parzialmente CASETTA, *L'illecito,* cit., p. 86 e SACCO, *L'ingiustizia,* cit., p. 1421. In giurisprudenza, recentemente, Trib. Milano, 28 settembre 1972, in *Giur. di merito,* 1973, I, p. 536 ss., con nota critica di VOLPE; da ultimo, ZICCARDI, *L'induzione,* cit., p. 220 ss.

Si vedano però sin d'ora RODOTÀ, *Il problema,* cit., pp. 88-89, p. 108 ss. e pp. 193-195; TORREGROSSA, *op. cit.,* pp. 9-10 e p. 36 ss.; COMPORTI, *Esposizione al pericolo,* cit., p. 226; CARBONE, *Il fatto dannoso,* cit., p. 161; RUFFOLO, *Atti emulativi, abuso del diritto e « interesse » nel diritto,* cit., p. 29.

Anche in Germania non sono mancate proposte miranti a spostare sulle cause di giustificazione il momento decisivo del giudizio di responsabilità (soprattutto Wieacker e Nipperdey, in relazione alla già citata pronuncia del BGH 4.3.1957 — *BGHZ* 24, 21; *JZ,* 1957, p. 543; *NJW,* 1957, p. 785, n. 2; *VRS* 12, 1957, p. 409 n. 172 — che aveva prospettato la « conformità ai doveri del traffico » come esimente dell'antigiuridicità, offrendo lo spunto ad un dibattito che ha visto poi impegnata tutta la dottrina tedesca più recente). Ma la risposta prevalente è che « die zur Diskussion stehenden Gefährdungshandlungen werden demgegenüber von der Rechtsordnung in erheblichem Umfang ganz allgemein und nicht nur unter bestimmten Ausnahmevoraussetzun-

retto duplicarlo, ponendolo su entrambi questi dati, e quindi immaginando una struttura scomposta in due autonome qualifiche [77].

Intanto, perché non v'è alcun timore che, nel riferimento codicistico, rimanga incomprensibile o inespressa la complessità delle valutazioni che segna questa fase del giudizio; mentre, a por mente anche alla storia, è indubbio come il testo della legge scolpisca assai meglio l'evidenza che, nella responsabilità civile, ha assunto l'attenzione per la vittima [78].

Soprattutto, l'inversione impedirebbe di capire perché in talune ipotesi, essendovi pur stato un fatto ingiusto, il pregiudizio rimanga irrisarcibile, o come può accadere che l'offeso, quando vari siano i danni risentiti, non venga ristorato integralmente.

È il caso di Tizio ucciso da Caio mentre sta andando da Sempronio a pagare un debito di gioco, o ancora quello di Mevio che, nel divulgare senza autorizzazione le lettere scrittegli da Pomponio, rende noto pure il testo di un biglietto in cui quest'ultimo si confessa

---

gen hingenommen » (così SOERGEL-ZEUNER, *Kommentar*, III, cit., § 823, Bem. 3, p. 863, la cui successiva conclusione — « Dem entspricht es, zur systematischen Erfassung nicht von einem allgemeinen Verbot auszugehen und den Bereich der erlaubten Gefährdung dann unter dem Gesichtspunkt der Rechtfertigung auszugrenzen, sondern jeweils positiv zu bestimmen, welche gefährdenden Handlungen die Rechtsordnung untersagt » — mantiene tuttavia significato soprattutto per sistemi come quello tedesco, ed anche qui trova un limite nella presenza di clausole come il § 826 BGB).

[77] In tal senso, ad esempio, BARBERO, *Sistema*, II, cit., p. 841. Non manca chi riversa il requisito dell'ingiustizia sull'evento: tra gli altri, GIUSIANA, *Il concetto*, cit., p. 295 (il quale esclude però che « l'azione determinatrice dell'evento » debba essere illecita); CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, cit., p. 142; CORSARO, *L'imputazione del fatto illecito*, cit., pp. 64-65 (che vede nell'evento « la vera fonte dell'obbligo di risarcire il danno »); LUMINOSO, *La tutela aquiliana*, cit., p. 68, nota 13.

[78] Su questo spostamento, v. TUHR, *Der allg. Teil des Deutsch. Bürg. Rechts*, cit., p. 475; NAGLER, in *Festschrift Binding*, loc. ult. cit.; JOSSERAND, *L'évolution de la responsabilité*, in *Évolution et actualités*, Paris, 1936, p. 49; STOLL-FELGENTRAEGER, *op. cit.*, p. 199 e p. 239; GAUDENZI, *Lineamenti*, cit., p. 776; STARCK, *Essai*, cit., *Introduction*, p. 10 e testo, p. 37 ss.; OFTINGER, *op. cit.*, p. 29; GIUSIANA, *Il concetto*, cit., p. 254; LEHMANN, *Begrenzung der Rechtswidrigkeit*, cit., p. 189 ss.; Hans STOLL, in *JZ*, 1958, cit., pp. 142-143; PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, cit., p. 27; RODOTÀ, *op. cit.*, *passim* (soprattutto il terzo capitolo); HORN, *Untersuchungen*, cit., p. 146; FORCHIELLI, *Intorno alla responsabilità senza colpa*, cit., p. 1301; SOERGEL-ZEUNER, *op. ult. cit.*, § 823, Bem. 6, p. 864; CARBONE, *op. cit.*, p. 10; LUMINOSO, *La tutela*, cit., p. 68 e p. 86; PENNEAU, *Faute et erreur*, cit., p. 200.

autore di un reato; l'illiceità dell'uccisione e della pubblicazione è indiscutibile, eppure Sempronio non avrà azione contro Caio, mentre Pomponio, se potrà agire per le ripercussioni negative della divulgazione, non potrà esser certamente rimborsato dei danni conseguenti all'eventuale condanna penale inflittagli [79].

Lo stesso, quando a seguito di un atto, commesso in violazione del diritto, derivi una lesione a più soggetti, dei quali solo alcuni sono ammessi a ottenere il rimborso dall'autore: la differenza sarebbe incomprensibile se non dovesse essere ingiusto proprio il danno [80]. Né può dirsi che di ciò sia « competente » l'art. 1223 cod. civ., cui sarebbe stata rimessa la funzione di determinare il contenuto della responsabilità [81], avendo l'art. 2043 fissato solo i presupposti di quest'ultima: in tal modo si vengono a confondere due momenti, e cioè

---

[79] In quest'ordine di idee, COLIN-CAPITANT-JULLIOT De La MORANDIÈRE, *Cours élémentaire*, cit., p. 214; P. GRECO, *Se un'associazione calcistica*, cit., p. 426; RODIÈRE, *La responsabilité civile*, cit., p. 223 e p. 229; SACCO, *L'ingiustizia*, cit., cc. 1421-1422; V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 113, nota 5; TUCCI, *Il danno ingiusto*, cit., p. 30, nota 13; TRIMARCHI, *Illecito*, cit., p. 94. Si vedano anche v. TUHR, *Partie générale*, I, cit., p. 85 e p. 326, nota 17; H. MAZEAUD, *La lésion d'un intérêt légitime, juridiquement protégé, condition de la responsabilité civile*, in *Dalloz*, 1954, *Chr.*, p. 39 ss.; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité de droit civil*, II, cit., p. 373; WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund*, cit., pp. 16-17; RAVAZZONI, *La riparazione*, cit., p. 32; STAUDINGER (-WERNER), *op. cit.*, p. 9.

[80] Né basta ovviamente rilevare, così come fa invece CORSARO, *L'imputazione del fatto illecito*, cit., p. 65, che l'evento possa essere qualificato ingiusto « prescindendo dal danno »: non conta infatti ciò che può, ma quel che *deve* essere qualificato in termini di ingiustizia, ai fini del giudizio di responsabilità. Né può certo valere l'osservazione, argomentata con l'esempio della concorrenza sleale, che non sempre occorre un danno affinché si possa reagire contro un determinato evento (poco felice, su questo punto, anche DELYANNIS, *La notion*, cit., p. 172); forse che la vittima di un atto di concorrenza sleale — osserva P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.*, VI, p. 445 — può mai chiedere e ottenere, accanto all'inibitoria, il risarcimento di ogni guadagno illecito che essa avrebbe in ipotesi potuto realizzare?

[81] In tal senso, DELYANNIS, *La notion*, cit., p. 101; FORCHIELLI, *Lesione dell'interesse*, cit., p. 352 (v. però lo stesso autore in *Anatomia dell'illecito civile*, cit., pp. 604-605); parzialmente BARBERO, *Sistema*, II, cit., p. 843; e soprattutto SCHLESINGER, *La « ingiustizia » del danno*, cit., p. 346. Così anche CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., p. 74 ss., il quale, attraverso un'interpretazione assai personale dell'art. 1229 del cod. civ. del '65 (1223 del codice attuale), finiva in ogni caso per riconoscere come il problema posto da esempi quali quelli riportati nel testo fosse di vera e propria ingiustizia del danno. Per una critica a tale sistemazione di Carnelutti, ANTOLISEI, *L'offesa*

quelli della causalità e dell'ingiustizia, che, pur giustapponendosi sovente [82], rimangono comunque ben distinti all'interno del giudizio di responsabilità [83].

---

e il danno nel reato, cit., p. 219, nota 1; ed ora BIANCA, *Dell'inadempimento,* cit., p. 233, testo e nota 4.

[82] Cfr. PLANIOL, in *Dalloz,* 1896, I, p. 81; TERRY, *Proximate consequences in the law of torts,* cit., p. 10; ROLIN, *Quelques remarques sur les engagements résultant des délits ou quasi-délits,* in *Rev. gén. respons.,* 1927, p. 110; L. J. Denning in *Roe* v. *Minister of Health,* 1954 in DIAS, in CLERK e LINDSELL, *On torts,* cit., p. 169, nota 20 (« In all these cases you will find that three questions, duty, causation and remoteness, run continually into one another »); WRIGHT, *Cases on the law of torts,* cit., pp. 171-173.

In particolare, sulla *Rechtswidrigkeitszusammenhang* — e cioè sul criterio per il quale gli eventi causalmente imputabili sono quelli di cui la norma mirava a scongiurare il realizzarsi — RABEL, *Das Recht der Warenkaufs,* II, cit., p. 505; v. CAEMMERER, *Das Problem des Kausalzusammenhangs,* cit., p. 402 ss. Si tratta, com'è abbastanza noto, di una lettura affermatasi inizialmente nell'ambiente austriaco; ad esempio, MAYR, *Lehrbuch,* I, cit., p. 274; Armin EHRENZWEIG, *System,* cit., II, 1, p. 48 ss.; K. WOLFF, in più occasioni, e da ultimo in KLANG, *Kommentar,* cit., pp. 56-57; WILBURG, anch'egli ripetutamente, e comunque in *Die Elemente des Schadensrechts,* cit, p. 244 s.; BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung,* cit., p. 63 ss.; ancora WILBURG, *Zur Lehre von der Vorteilausgleichung,* in *Jher. Jahrbücher,* 1932, p. 51 ss., 95 s. Per qualche approfondimento, NIPPERDEY, *Grundfragen,* cit., p. 41 ss., 44, 48; CRISPIN, *Kausalitätsprobleme im Bereiche der unerlaubten Handlungen,* Saarbrücken, 1953; J. G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht,* cit., p. 16 ss. (su cui RÖTELMANN, in *AcP,* 1963, p. 388 ss.); Hermann LANGE, *Begrenzung der Haftung,* cit., p. 38 ss.; Hans STOLL, già in « *The Wagon Mound* », cit., p. 393 ss.; ROTHER, *Haftungsbeschränkung,* cit., p. 12; BLOMEYER, *Allg. Schuldrecht,* cit., p. 171 ss.; LEHMANN, in *Festschrift Hedemann,* cit., p. 179 ss.; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allg. Teil,* 2, cit., p. 1276; FIKENTSCHER, *op. cit.,* p. 235 ss.; LORENZ, *Fortschritte der Schuldrechtsdogmatik,* cit., p. 437 ss.; MÜNZBERG, *op. cit.,* p. 128 ss.; HORN, *Untersuchungen,* cit., p. 107 ss.; ancora Hans STOLL, *Unrechtstypen,* cit., p. 234; v. CAEMMERER, *Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung,* cit., p. 8; ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten,* in *Zeitschr. für die ges. Strafrechtswiss.,* 1962, p. 411 ss.; Th. RAISER, *Haftungsbegrenzung nach dem Vetragszweck,* Tübingen, 1962; ID., *Adäquanztheorie und Haftung nach dem Schutzzweck der verletzten Norm,* in *JZ,* 1963, p. 462 ss.; SCHRICKER, *Gesetzesverletzung,* cit., p. 82 e p. 104 ss.; HONSELL, *Herkunft und Kritik,* cit., p. 72; SOERGEL (-Reimer SCHMIDT), op. cit., §§ 249-253, Bem. 22; Manfred WOLF, *Der Ersatzberechtigte bei Tatbeständen sittenwidriger Schädigung,* cit., p. 710; KOZIOL-WELSER, *Grundriss,* cit., p. 182; HUBER, *Normzwecktheorie und Adäquanztheorie,* cit., p. 677; SOERGEL (-ZEUNER), *op. cit.,* § 823, Bem. 13, 94, 179-180; DEUTSCH, *Entwicklungstendenzen,* cit., pp. 154-155; ESSER, *Schuldrecht,* I, cit., p. 309 ss.; Eike SCHMIDT, *Grundlagen,* cit., p. 489;

Basta pensare al caso di Tizio che, servendo a Caio e a Sempronio una porzione di funghi velenosi, li costringe all'ospedale per

---

SCHICKEDANZ, *Schutzzwecklehre und Adäquanztheorie,* in *NJW,* 1971, p. 916 ss.; ancora Hermann LANGE, *Umfang der Schadensersatzpflicht,* cit., pp. 283-284; MERTENS-REEB, *Grundfälle,* cit., 1971, p. 525 e p. 588 ss.; ALFF, *op. cit.,* Vor § 249, 19.

Si vedano ancora v. TUHR, *Partie générale,* I, cit., pp. 330-331; ENGISCH, *Untersuchungen,* p. 61 ss. (che si richiama anche a MÜLLER, *Die Bedeutung,* cit., p. 57); RUTSAERT, *Le fondement,* cit., p. 60; MARTY, *Illiceité et responsabilité,* in *Études juridiques offertes à Julliot de la Morandière,* Paris, 1964, p. 339 ss.; BYDLINSKI, *Vertragliche Sorgfaltspflichten,* in *Jurist. Blätter,* 1960, p. 365 ss.; HANAU, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit,* cit., p. 67 ss. Nella letteratura di *common law* — dove si parla di *scope of duty* — GREEN, *Contributory negligence and proximate cause,* in *N. C. law rev.,* 1927, p. 3 ss., 13; ID., *Are there dependable rules of causation?,* in *U. pa. law rev.* 1929, p. 601 ss.; LOWNDES, *Civil liability created by criminal legislation,* in *Minn. law rev.,* 1932, p. 361 ss.; GOODHART, *Liability and compensation,* cit., p. 567 ss.; SEAVEY, *Cogitations on torts,* cit., p. 32; CHARLESWORTH, *On negligence,* cit., p. 449 ss.; PROSSER, *Handbook,* cit., p. 191 ss. e p. 205; FOSTER, *The risk theory and proximate cause,* in *Nebr. law rev.,* 1953, p. 72 ss.; MILLNER, *Recensione* a Weir, Casebook on tort (London, 1967), in *Cambr. law journ.,* 1967, p. 280; FLEMING, *An introduction,* cit., p. 123; HART e HONORÉ, *Causation in the law,* cit., *passim,* e ad esempio p. 172; SCHRICKER, *Concorrenza sleale compiuta attraverso la violazione di norme penali e amministrative,* in *Riv. dir. ind.,* 1972, p. 5 ss.; WINFIELD e JOLOWICZ, *On tort,* cit., p. 132; ATIYAH, *Accidents,* cit., p. 138 ss.

Da noi, soprattutto TRIMARCHI, *Causalità e danno,* cit., p. 47 e *passim;* REALMONTE, *op. cit,* nell'ultimo capitolo; VISINTINI, *La responsabilità civile,* cit., p. 623. In giurisprudenza, di recente, Cass. 23 luglio 1973, n. 2147, in *Arch. resp. civ.,* 1974, pp. 96-97; altri richiami in TRIMARCHI, *op. ult. cit.,* p. 70, nota 26.

In senso critico, tra gli altri, RANDA, *Die Schadensersatzpflicht,* cit., p. 57 (« Indes ist dieser Zweck selten klar oder bestimmt umschrieben »); Alb. EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung,* cit., p. 96; PIRSON-DE VILLÉ, *Traité,* II, cit., p. 32; LIMPENS, *La théorie de la « relativité aquilienne » en droit comparé,* cit., p. 577 ss.; Heinrich LANGE, *Herrschaft und Verfall,* cit., p. 127; DALCQ, *Traité,* I, cit., p. 166; BIANCA, *op. cit.,* p. 233, nota 5; CARBONE, *Il fatto dannoso,* cit., p. 93; STAUDINGER (-WERNER), *op. cit.,* p. 22 ss. Si veda inoltre RODOTÀ, *Il problema,* cit., 184 e p. 203. Per ragioni più generali, SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto,* Torino, 1947, p. 50 (ma allora anche ENGISCH, *Introduzione,* cit., pp. 121-122). Sul tema, da ultimo, M. BARCELLONA, « *Scopo della norma violata* », cit., p. 311 ss.; oppure DI PRISCO, *Concorso di colpa,* cit., p. 321.

È certo che il richiamo allo scopo della norma, quando lo si utilizzi ai fini della causalità, mal si presta a giustificare la rilevanza che il dolo mostra di avere su quel terreno (cfr. EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung,* cit., p. 96,

un mese; o a quello di Mevio che, per burla, inverte i cartelli segna-

nota 6; DEUTSCH, *Die Zwecke des Haftungsrechts,* cit., p. 248): gli eventi cui il dolo è destinato ad attribuire rilievo, là dove la colpa li manterrebbe fuori dall'area dell'imputabilità giuridica, sono infatti tendenzialmente anomali rispetto al ciclo ordinario di svolgimento del fatto, ed è naturale che le singole norme non possano averli presi in considerazione nel vietare un certo comportamento (*retro,* n. 7). Tuttavia, proprio questa considerazione induce ad osservare che non in esse andrebbe ricercata il fondamento tecnico del risalto che occorre riconoscere al dolo: la giustificazione potrebbe invece trovarsi in un principio costruito come sintesi di quelle disposizioni che, sceverando fra dolo e colpa sotto il profilo causale, mirano appunto ad evitare il prodursi di quegli eventi che, benché frutto di concause imprevedibili, l'agente in possesso di particolari conoscenze è in grado di impedire (così HECK, *Grundriss des Schuldrechts,* cit., p. 55). Tale principio sarebbe poi prevalente (Hermann LANGE, *Begrenzung der Haftung,* cit., pp. 49-54) rispetto all'altra regola concernente la determinazione dell'ammontare del risarcimento — ossia la cernita dei singoli eventi imputabili — in funzione della norma violata: la soluzione restando affidata al duplice riguardo per la qualità (normativa) dell'evento in questione, e per il tipo di dolo singolarmente accertato.

[83] Cfr. *Restatement of torts,* II, cit., p. 1226; Alb. EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung,* cit., p. 94; ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento,* cit., p. 112; WINFIELD, *The Restatement of the law of torts,* cit., p. 16; REINECKE, *Objektive Verantwortung im zivilen Deliktsrecht,* Düsseldorf, 1960, p. 11 e p. 94; v. CAEMMERER, *Wandlungen,* cit., pp. 483-484, testo e nota 114; BUSNELLI, *La lesione del credito,* cit., p. 72, nota 57; CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza,* cit., p. 148, nota 23; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg,* cit., pp. 336-337; BIANCA, *Dell'inadempimento,* cit., p. 227 ss.; Mc GREGOR, *On damages,* cit., p. 61 (anche se non si adatta al nostro ambiente l'ipotesi che « the failure generally to distinguish these very different matters » sia dovuta « to the fact that in tort the causation aspect has formerly been stressed, while in contract it is the policy aspect that is ubiquitous »); Cass. sez. un., 26 genn. 1971, n. 174, cit., c. 352.

È appena il caso di precisare come un'accettazione del criterio secondo cui per l'accertamento della causalità è talvolta necessario far capo allo scopo della norma violata dal convenuto, non comporti alcuna confusione fra i due giudizi sul nesso eziologico e sull'ingiustizia del danno, anche se le zone di contatto possono essere talvolta accentuate (cfr. MÜNZBERG, *op. loc. ult. cit.*; HORN, *Untersuchungen,* cit., p. 124; BYDLINSKI, *Schadensverursachung,* cit., p. 64; Thomas RAISER, in *JZ,* 1963, cit., p. 465; FIKENTSCHER, *op. cit.,* p. 237; WEITNAUER, in *Fest. Oftinger,* cit., p. 343; ESSER, *Schuldrecht,* I, cit., p. 309, e in generale tutti gli autori che insistono sull'inconfondibilità tra *Adäquanztheorie* e *Rechtswidrigkeitszusammenhang*). Così, nell'esempio che la dottrina prospetta spesso per dimostrare la necessità di quel ricorso — e cioè nel caso dell'incidente automobilistico dovuto all'intralcio che una macchina in sosta vietata ha causato alla manovra del conducente — altro è dire che la decisione sulla rilevanza causale di quel fattore (parcheggio vietato) dipenderà dalla

letici a un incrocio stradale; o all'altro di Pomponio portalettere che, stanco e irritato del lavoro, distrugge la posta di giornata. Caio, fotografo, potrà agire contro Tizio anche per il lucro cessante, ma non

circostanza che la norma vietasse la sosta proprio al fine di evitare ingorghi pericolosi, oppure per ragioni diverse, altro sarebbe concludere che un esito positivo di tale accertamento incorpori per se stesso anche un verdetto affermativo sul punto dell'ingiustizia: nulla, infatti, impedisce di immaginare che colui che si proclama danneggiato non fosse affatto portatore di un interesse in qualche modo rilevante — perché l'automobile che egli conduceva, ad esempio, era rubata — e non possa quindi considerarsi vittima di un danno ingiusto; così come può darsi che, seppure astrattamente rilevante, l'interesse colpito non sia tra quelli che la norma violata mirava nella fattispecie a proteggere, oppure che il tipo di colpevolezza dell'agente si riveli in concreto diverso da quello nei confronti del quale la lesione è stata dichiarata ingiusta (*infra,* in questo capitolo, nn. 13 e 14). Del resto, che la necessità di far capo ad una norma, per il controllo dei distinti requisiti della responsabilità, non possa implicare la caduta di ogni distinzione fra i singoli momenti di cui consta il giudizio, si intende abbastanza facilmente, ove si pensi che tale confusione dovrebbe altrimenti verificarsi ogni qualvolta l'unica disposizione cui richiamarsi, per definire i successivi elementi di una fattispecie concreta, sia l'art. 2043 cod. civ. E ciò è altrettanto evidente ove si guardi all'ipotesi inversa, ossia al caso in cui l'indagine sulla causalità, svolta tenendo conto dello scopo della norma violata, si sia conclusa in maniera negativa: quando, ad esempio, la giurisprudenza francese (richiami in STARCK, *Essai,* cit., p. 182), decide che il mero fatto di aver lasciato un'automobile in sosta vietata non può bastare a rendere responsabile il proprietario per il danno che il ladro della vettura ha arrecato ad un terzo, in quanto manca un nesso di immediatezza fra i due termini, non v'è bisogno di sottolineare come, in tale affermazione, rimanga del tutto negletto il punto del valore che si sarebbe potuto riconoscere all'interesse sacrificato. E lo stesso può ripetersi per il caso in cui la considerazione del difetto causale ha portato la giurisprudenza svizzera (richiami in DELYANNIS, *La notion,* cit., p. 100) a respingere l'azione che un operaio, ferito durante l'abbattimento di una foresta comunale, aveva intentato contro il comune il quale aveva violato il regolamento di polizia concedendo l'abbattimento in questione ad un privato; o quella americana a negare soddisfazione al soggetto rimasto danneggiato a seguito di un incidente automobilistico, laddove il conducente, che aveva pur omesso di registrare la macchina, non si era però reso colpevole di alcuna imprudenza nella guida (richiami in PROSSER, *Handbook,* cit., p. 194; v. pure *Virginia Stage Lines Inc.* v. *Brockman Chevrolet Inc.,* 1968, in *Virg. law rev.,* 1969, p. 1399).

Va dunque respinta l'affermazione (DELYANNIS, *op. cit.,* p. 101), secondo cui l'indagine sullo scopo della norma rileverebbe unicamente ai fini causali (assai bene, FIKENTSCHER, *op. cit.,* p. 236). E infatti, può sembrare giustificata la perplessità sulle conclusioni di quella parte della dottrina tedesca la quale, per il caso della lesione di un interesse contemplato in una norma, ritiene che responsabilità possa aversi soltanto se lo scopo della disposizione violata

così Sempronio, contrabbandiere di professione [84]; Mevio dovrà ripagare il camionista che, ingannato dalla falsa indicazione, effettui in ritardo la consegna, ma non il clandestino del veicolo che abbia pur subito un danno analogo [85]; Pomponio sarà tenuto nei confronti dei destinatari della posta distrutta, e nulla dovrà invece al commerciante di materiale osceno che aspettava della merce dalla Svezia. Tutti i pregiudizi hanno qui un identico legame con il fatto, ma non tutti

era quello di proteggere quel determinato interesse: ma l'obiettivo di evitare che una simile interpretazione possa imporsi in un sistema fondato su una clausola generale, è conseguito da Delyannis già direttamente quando egli sottolinea il carattere primario dell'art. 1382 Code Napoléon. Non v'è cioè alcun bisogno di concludere che « le cercle des ayants-droit à une indemnité se trouve automatiquement limité par le jeu du lien de causalité, sans qu'il soit nécessaire de procéder, d'avance, à des délimitations artificielles et arbitraires »: il solo risultato di una siffatta affermazione è quello di togliere al giudice ogni mezzo per escludere la risarcibilità di interessi la cui lesione sia apparsa in concreto legata direttamente alla condotta dannosa, e che non meritano tuttavia, in generale o anche soltanto in quel caso specifico, di assumere rilevanza giuridica.

Non sembra comunque un buon metodo quello di porre in termini di valutazione di merito il problema del confronto fra l'uso che, del richiamo allo scopo della norma, è stato fatto nei diversi ordinamenti: senza accennare cioè minimamente al fatto che, in Germania, la spinta verso il profilo dell'antigiuridicità era già implicita nella presenza di una norma come il § 823, 2° comma, del BGB; che, altrove, la preferenza per la causalità nasceva dall'impossibilità di tentare altrimenti, a meno di forzature interpretative, un ridimensionamento della clausola generale di responsabilità; mentre, nella *common law,* lo stesso indirizzo si affermava automaticamente per la mancanza di restrizioni codicistiche e culturali, almeno sinché il ritorno ad una concezione naturalistica del nesso eziologico non ha indotto qualche autore a parlare soltanto di *negligence.* Esportabile può esser cioè soltanto l'idea che il richiamo in questione si presta ad essere in astratto utilizzato per più di una componente dell'illecito, non già l'indicazione del fattore su cui dovrebbe cadere la scelta o l'accento: se proprio tale scelta intenda farsi, l'oggetto è già storicamente dato, e se quindi la si vuole giudicare, il solo metro opportuno sarà quello della sua coerenza rispetto a quel certo sistema di responsabilità.

[84] STOLL-FELGENTRAEGER, *Vertrag und Unrecht,* cit., p. 234. Inaccettabile la tesi (KOHLER, *Schuldrecht,* cit., p. 528), secondo cui, nell'ipotesi di dolo, sarebbe dovuto anche il lucro « unberechtigt »: cfr. per tutti COSACK-MITTEIS, *op. cit.,* p. 400; PLANCK (-SIBER), *op. cit.,* p. 86; HECK, *op. cit.,* p. 54; STAUDINGER (-WERNER), *op. cit.,* p. 107; FRIDMAN, *Motive,* cit., p. 590.

[85] Un esempio simile nel *Restatement of torts,* II, cit., § 430, comment *b,* ove altre illustrazioni (se il treno non fischia ad un incrocio, e investe qualcuno, il trattamento sarà opposto per l'automobilista in regola oppure per il *trespasser*; per il caso della mancata sorveglianza dell'ascensore, *infra,* nota 120)

corrispondono a interessi giuridicamente rilevanti, donde appunto il diverso trattamento per i vari soggetti interessati [86].

11. Una volta ammesso che la qualifica di ingiusto spetta formalmente al danno, sarebbe erroneo però affermare che l'interprete, per stabilire se un danno è o meno ingiusto, possa limitarsi a tener conto della sola posizione della vittima [87]: senza cioè un contemporaneo riguardo per l'interesse di cui l'agente era portatore, e ignorando quali sono state le modalità soggettive della condotta.

Ciò è in fondo implicito nel termine stesso di « ingiustizia », che, evocando l'idea di un raffronto tra elementi diversi [88], da un lato sdrammatizza la questione del dato cui essa è riferita [89], dall'altro ammonisce chiaramente come ci si trovi innanzi ad un giudizio di tipo sintetico, dove la qualità che il predicato esprime non è già propria e interna al sostantivo: indicazioni non certo trascurabili, per un vocabolo che solo di recente è stato introdotto nella clausola di re-

[86] Così ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *op. cit.,* p. 35, nota 20; LEONHARD, *Allg. Schuldrecht,* cit., p. 137; HÖHN, *op. cit.,* p. 27; SEAVEY, *Principles of tort,* cit., p. 81; BOUILLENNE, *La responsabilité civile,* cit., pp. 156-157; DEIANA, *La tutela del locatario,* cit., p. 33; DABIN-LAGASSE, in *Rev. crit. jurispr. belge,* 1959, cit., p. 298; v. CAEMMERER, *Das Problem des Kausalzusammenhangs,* cit., p. 406; RODOTÀ, *op. cit.,* p. 194; PROSSER, *Handbook,* cit., p. 193 s.; TORREGROSSA, *op. cit.,* p. 40; BUSNELLI, *op. cit.,* p. 73 (il quale esclude anche che « il fatto dannoso debba profilarsi come un fatto doppiamente ingiusto »); CIAN, *op. cit.,* p. 148; SOERGEL, (-Reimer SCHMIDT), *op. cit.,* §§ 249-253, Bem. 47; DE CUPIS, *Problemi e tendenze attuali,* cit., p. 101; VISINTINI, *La responsabilità civile,* cit., p. 5 e p. 221; SOERGEL (-KNOPP), *op. cit.,* § 826, Bem. 65; FORCHIELLI, *Responsabilità civile,* I, cit., p. 39.

[87] In tal senso, invece, SCOGNAMIGLIO, voce « *Risarcimento del danno* », cit., p. 11.

[88] Sostanzialmente vicine le considerazioni di MAIORCA, *Colpa civile,* cit., p. 543.

[89] SACCO, *L'ingiustizia,* cit., c. 1421 ss.; MAIORCA, *op. ult. cit.,* p. 602; DI MAJO GIAQUINTO, *Profili,* cit., pp. 109-111; CASETTA, *L'illecito,* cit., p. 21 e p. 37 s.; TRIMARCHI, *Illecito,* cit., p. 94. Più generico BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità,* cit., p 123 (l'idea di una qualifica che, attribuita al danno, verrebbe a « estendersi » successivamente alla condotta, non risulta adeguatamente illustrata, e introduce soltanto un passaggio superfluo nel giudizio; ciò vale anche per DI PRISCO, *Concorso di colpa,* cit., p. 256). Per la posizione di chi — ad esempio MESSINEO, *Manuale,* V, cit., p. 531; ALESSI, *La responsabilità della P. A.,* cit., p. 8 — ritiene che l'ingiustizia, una volta riconosciuta nell'*atto* illecito, si riverserebbe automaticamente sul *danno,* valgono invece le considerazioni svolte poco sopra nel testo (n. 10).

sponsabilità, e che nei pochi altri testi in cui ritorna non appare caricato di significati opposti rispetto a quelli del linguaggio corrente [90].

Ciascuno avverte subito, del resto, quanto stridente sia parlare di ingiustizia là dove manca un estremo del confronto, come nell'ipotesi dell'automobilista colpito dal fulmine [91], oppure quando la condotta pregiudizievole si presenta lecita o giustificata, com'è il caso del proprietario espropriato per pubblica utilità [92], del bracconiere cui viene sequestrato il fucile, del sicario ferito per legittima difesa [93]: e in effetti, posto che ogni perdita deriva da una serie causale ben precisa, da questa appare illogico prescindere, nel momento in cui occorre pronunciarsi in merito alla sorte della prima [94]; momento al quale,

[90] Cfr. i rilievi di MOLARI, *Profili dello stato di necessità,* cit., p. 162, testo e nota 62.

[91] Altri esempi, e conclusioni analoghe, in PETROCELLI, *L'antigiuridicità,* cit., p. 73. Si veda anche MENGONI, *Obbligazioni di « risultato » e obbligazioni di « mezzi »,* cit., p. 60 (« ... negli artt. 2051 e 2052 la colpa viene in considerazione solo come misura del caso fortuito, la prova del quale non è semplicemente prova dell'assenza di colpa ma esclude addirittura il momento oggettivo dell'antigiuridicità »). In generale, MERKEL, *op. cit.,* p. 45 ss.; REGELSBERGER, *Pandekten,* I, cit., p. 644; BIERMANN, *Bürgerliches Recht,* cit., p. 320; ed ora, CASETTA, *op. cit.,* p. 30, nota 52; ZIPPELIUS, in *AcP,* 1958-59, cit., p. 395 s.; BARASSI, *Teoria generale,* II, cit., p. 424; v. BÜREN, *op. cit.,* p. 257; WIETHÖLTER, *op. cit.,* p. 16; CIAN, *op. cit.,* p. 43; WEIMAR, *Der « Rechtfertigungsgrund »,* cit., p. 135. È ovvio poi che « das Nichtanbrigen eines Blitzableiters kann eine fahrlässige, unerlaubte Handlung sein, so dass das durch Blitzschlag abgebrannte Haus dann doch Folge einer unerlaubten Handlung ist » (FIKENTSCHER, *Schuldrecht,* cit., p. 549), ma ciò accade appunto perché si è introdotto un elemento che può fungere da interlocutore alla vittima.

[92] MARTON, *Versuch eines einheitlichen Systems,* cit., pp. 65-66; BRASIELLO, *I limiti,* cit., p. 170 ss.; DE CUPIS, *Il danno,* I, cit., p. 407.

[93] DEMOGUE, *Traité des obligations,* 1, III, cit., p. 379; BRASIELLO, *op. cit.,* p. 279; MOLITOR, *Schuldrecht, Besonderer Teil,* cit., pp. 186-187.

[94] DABIN, *Le droit subjectif,* cit., p. 279; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allg. Teil,* 2, cit., p. 1286; PETROCELLI, *L'antigiuridicità,* cit., p. 73 ss.; WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund,* cit., p. 16; HORN, *Untersuchungen,* cit., p. 110 (« Für die rechtsdogmatische Arbeitstechnik gibt es aber keine absolute Rechtswidrigkeit, die ohne Rücksicht auf die Besonderheit der Einzelsituation von vornherein feststeht. Als das Substrat der Rechtswidrigkeit war deshalb die jeweilige strukturelle und funktionelle Korrelation zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten herausarbeiten »); MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg,* cit., p. 440; BUSNELLI, *La lesione,* cit., p. 71, nota 56; REALMONTE, *Il problema,* cit., p. 11 (« ... un evento in tanto è ingiusto in quanto, oltre ad essere pregiudizievole di un diritto soggettivo o di un interesse protetto, sia sul piano causale riconducibile ad un fattore rilevante per il diritto »); ESSER, *Schuld-*

va appena ricordato, dovrà far seguito poi solo una ricerca dell'eventuale chiamato a risarcire, senza altre fasi intermedie del giudizio.

Ciò non significa negare ogni funzione al mero vaglio della posizione dell'offeso, che può ben essere di per sé risolutivo: a parte l'ipotesi del fortuito, vi sono infatti tipi di interesse comunque sforniti di tutela aquiliana [95], e per i quali neppur sarebbe il caso di sollevare un problema di riparazione; ma si tratta di una sorta di preambolo al vero e proprio giudizio di ingiustizia — e un passaggio, anzi, nel quale la lesione potrà ricevere in via definitiva soltanto una qualifica di irrilevanza.

12. Sono note, ad ogni modo, le resistenze di una parte della nostra dottrina a intendere l'ingiustizia in questi termini: riserve per un verso originate dal dubbio che nelle ipotesi dei cosiddetti atti leciti dannosi, dove un obbligo riparatorio è pure imposto, e un'azione tollerata o incoraggiata, il pregiudizio debba dirsi proprio giusto [96]; e

recht, II, cit., p. 395 (« Nicht das subjektive Recht macht den Übergriff rechtswidrig, sondern der Verstoss gegen eine Zuteilungs- und demzufolge Verhaltensnorm »); ZICCARDI, *L'induzione,* cit., p. 50 ss.; GERMANN, *Zur Lehre von Recht und Unrecht,* cit., pp. 151-152.

[95] Ogni esemplificazione è forse inutile: si potrebbero comunque ricordare, tra i vari casi menzionati dalla dottrina, quello dell'azione in giudizio della fidanzata o della « concubina » per la morte del compagno (RODIÈRE, *La responsabilité civile,* cit., pp. 225-226), oppure del malfattore contro il complice che l'ha derubato del bottino (*Restatement of torts,* IV, cit., § 889, comment *c*; SWOBODA, *Das Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 92; P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *Droit civil français,* VI, cit., p. 445), o ancora del gestore di una bisca clandestina per il danno procurato dal crollo dell'edificio in cui la bisca aveva i suoi locali (SANDULLI, *Lesione di interessi legittimi,* cit., p. 1283), o infine di chi reclama genericamente di essere stato colpito nei propri sentimenti (COLYER, *A modern view,* cit., p. 30). In generale, PLANCK (-SIBER), *Kommentar,* II, cit., p. 86; *Restatement,* I, cit., p. 14 e p. 17; SALMOND, *Law of torts,* cit., p. 15; DE JUGLART, *Cours de droit civil,* II, cit., p. 192; P. S. JAMES, *Introduction,* cit., p. 316.

[96] Che in tali casi non si abbia antigiuridicità, è incontroverso: ad esempio, HASENÖHRL, *Österreichisches Obligationenrecht,* II, cit., pp. 145-146; DEMOGUE, *Traité des obligations,* 1, IV, cit, p. 416 ss.; K. WOLFF, *Verbotenes Verhalten,* cit., p. 189; RUBINO, *La fattispecie,* cit., p. 207; DELYANNIS, *La notion,* cit., p. 87; PUGLIATTI, *Alterum non laedere,* cit., p. 67, nota 60. Ma alcuni autori ritengono appunto che il danno debba qualificarsi qui « ingiusto »: fra essi, CASETTA, *L'illecito,* cit., p. 49 ss. e p. 86; RODOTÀ, *Il problema,* cit., p. 195; COMPORTI, *Esposizione al pericolo,* cit., p. 228; ID., *La responsabilité civile,* cit., p. 860; TUCCI, *La risarcibilità del danno*

per l'altro poggianti sul rilievo che ogni attenzione alla figura dell'agente è addirittura impossibile in quei casi nei quali il danno si presenta impersonale, tenuto conto come tale anonimato non impedisca di giungere al risarcimento [97].

---

da atto lecito, cit., p. 264; CARBONE, *Il fatto dannoso,* cit., p. 173. In senso contrario, ANTOLISEI, *L'offesa e il danno,* cit., p. 65; SCADUTO-RUBINO, *op. cit.,* p. 707; PETROCELLI, *L'antigiuridicità,* cit., p. 119; ALESSI, *La responsabilità della P. A.,* cit., p. 18; MESSINEO, *Manuale,* V, cit., p. 555; CATTANEO, *La responsabilità del professionista,* cit., p. 158; MOLARI, *Profili,* cit., p. 152 ss.; DEVOTO, *L'imputabilità,* cit., p. 45; BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità,* cit., p. 78 ss., p. 136 e p. 138, nota 79; BUSNELLI, *op. cit.,* p. 74 ss.; FORCHIELLI, *Lesione dell'interesse,* cit., p. 348; DE CUPIS, *Il danno,* I, cit., p. 21 ss. Contro l'ammissibilità di una simile categoria, e per una sua riconduzione nel campo ordinario della responsabilità, v. ancora SCOGNAMIGLIO, voce « *Responsabilità civile* », cit., p. 643, e soprattutto TORREGROSSA, *Il problema,* cit., p. 127 ss. Nel complesso, tuttavia, e pur senza sottovalutare l'interesse di alcuni spunti critici, non può dirsi riuscito il tentativo di questi autori di dimostrare la mancanza di ogni differenza tecnica fra le due figure del risarcimento e dell'indennità. Osserva però da ultimo RESCIGNO, *Manuale,* cit., p. 647, come il mantenimento di una categoria autonoma possa giustificarsi soltanto per quelle ipotesi in cui, al di là del termine formalmente adoperato, « la legge non commisura l'indennità alla diminuzione patrimoniale, ma la considera come un parziale ristoro del pregiudizio sofferto, e ne affida al giudice la determinazione e il controllo » (così, ad esempio, nell'espropriazione per causa di pubblica utilità).

[97] RODOTÀ, *Il problema,* cit., pp. 21-23; CARBONE, *Il fatto dannoso,* cit., p. 164. Sui danni o incidenti anonimi, JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées,* cit., p. 7; ID., *Cours de droit civil positif,* II, cit., p. 215; MARTEAU, *De la notion de la causalité,* cit., p. 188; POPESCO ALBOTA, *Le droit d'option,* cit., p. 42; RIPERT, *Le régime démocratique,* cit., p. 307; STARCK, *Essai,* cit., *Introduction,* p. 7; COLLIARD, *La machine et le droit privé français contemporain,* in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Études offertes à G. Ripert,* Paris, I, 1950, p. 115 ss.; DE JUGLART, *op. cit.,* II, p. 203; PIÉRARD, *Responsabilité civile, énergie atomique et droit comparé,* Bruxelles, 1963, p. 118 ss.; LORENZ, *General principles of law: their elaboration in the Court of Justice of the European Communities,* in *Am. journ. comp. law,* 1964, p. 1 ss., 24. Da noi, recentemente, TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva,* cit., p. 13 ss.; REALMONTE, *op. cit.,* p. 3; P. BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali,* cit., p. 305; CARBONE, *Il fatto dannoso,* cit., p. 9. Ritiene che il rapporto colpa/rischio si sia ormai rovesciato, e che per questa « specie di arroccamento » l'art. 2043 sia divenuto soltanto « una norma di chiusura », BRANCA, *Profili storici della responsabilità extracontrattuale,* cit., p. 43; ma affermazioni del genere si ritrovano sempre più spesso in una certa parte dell'ultima dottrina (il punto era particolarmente caro a SWOBODA, *Gutachten über die Abgrenzung zwischen Verschuldens- und Erfolgshaftung im Schadenersatzrecht für den VI. deutschen Juristentag in der Tschechoslo-*

In verità, sarebbe agevole ribattere che la scoperta di un'occasionale inservibilità — ammesso pure che l'indagine sull'ingiustizia si esaurisca talora nell'analisi della situazione colpita — non può costringere comunque all'abbandono di una concezione capace di spiegare la responsabilità nella normalità delle ipotesi [98]; mentre sul pri-

---

wakei, Karlsbad, 1933, p. 49 ss.; ID., *Die Neue Gestaltung.* cit., p. 122; ID., *Das Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 70).

[98] Invita a « non sopravvalutare l'ampiezza del terreno che le nuove diverse cause della responsabilità hanno sottratto al campo dell'illecito », CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza,* cit., p. 3; ID., *Nuove oscillazioni giurisprudenziali sulla tutela aquiliana del credito,* cit., p. 638. Cfr. pure WAHL, *Das Verschuldensprinzip im künftigen Schadensersatzrecht,* in *Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts. Arbeitsbericht des Untersuchungsausschusses für Schadensrecht der Akademie für Deutsches Reich,* cit., p. 17 ss.; STOLL-FELGENTRAEGER, *Vertrag und Unrecht,* cit., p. 201 ss.; NIPPERDEY, in *NJW,* 1957, cit., p. 1781; OFTINGER, *op. cit.,* p. 12; ESSER, *Schuldrecht,* cit., II, pp. 393-394 (« So wird der Verschuldensgrundsatz mit Recht als das Rückgrat unserer Schadensordnung bezeichnet... »). Gli eccessi di certe preconizzazioni — circa la « morte » più o meno vicina della responsabilità individuale, a seguito della futura prevista diffusione delle misure di socializzazione dei rischi (per esempio, FEEZER, *Capacity to bear loss as a factor in the decision of certain types of tort cases,* in *Un. of Pennsylv. law rev.,* 1930, p. 805 ss.; JAMES Fl., *Accident liability reconsidered,* cit., p. 549 ss.; JAMES e THORNTON, *The impact of insurance on the law of torts,* in *Law & cont. problems,* 1950, p. 431 ss.; STRAHL, *Tort liability and insurance,* in *Scandinavian Studies in law,* 1959, p. 201 ss., 224; VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle,* cit., p. 188; ISON, *The forensic lottery,* cit., pp. 28-30; FLEMING, *Contemporary roles of the law of torts. Introduction,* in *Am. journ. comp. law,* 1970, p. 1; JØRGENSEN, *The decline and fall,* cit., p. 53; e ancora FLEMING, *The future of negligence in accident law,* in *Virg. law rev.,* 1967, p. 911 ss., 916-918) — sono ben colti anche da autori come RODOTÀ, *Il problema,* cit., p. 36 e COMPORTI, *Esposizione al pericolo,* cit., p. 26. Un richiamo generale alla prudenza è in DE CUPIS, *Il danno,* I, cit., pp. 145-146. E si vedano MATAJA, *Das Schadensersatzrecht,* cit., p. 37 ss.; HORTEN, *Schadensersatz und Strafe,* cit., p. 18; DEMOGUE, *Validity of the theory of compensatory damages,* in *Yale law journ.,* 1917-18, p. 585 ss., 591; Heinrich LANGE, *Vom alten zum neuen Schuldrecht,* cit., p. 64; Heinrich STOLL, *Schadensersatz und Unrecht,* cit., p. 150; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Cours élémentaire,* cit., p. 211; ESSER. *Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts,* cit., p. 130; P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.,* VI, pp. 402-403; KEETON, *Conditional fault,* cit., p. 444; USSING, *The scandinavian law of torts. Impact of insurance on tort law,* in *American journ. of comp. law,* 1952, p. 359 ss., 371; GROSSFELD, *Die Privatstrafe,* cit., p. 87 ss.; MARTY, *La responsabilité en question,* in *Rev. droit cont.,* 1966, I, p. 79 ss.; WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund,* cit., p. 48; Glanville WILLIAMS, *The risk principle,* cit., p. 180; GUHL, *Schweizerisches Obligationen-*

mo punto — a parte il peso anche maggiore che l'evidente singolarità di quei fenomeni conferisce a quest'ultimo rilievo [99] — andrebbe ancora ribadita l'inutilità di una qualificazione che non sfoci nell'affermazione della responsabilità per ragioni diverse dall'assenza di un criterio di collegamento [100].

E resterebbe poi da domandarsi come sia possibile, tecnicamente, che un danno dichiarato ingiusto, in base a sole considerazioni obiettive, venga a perdere poi questo carattere — come tanti riconoscono che accade in presenza di una causa di giustificazione [101] —

recht, cit., p. 149; Prosser, *Handbook,* cit., p. 169 ss.; Forchielli, *Intorno alla responsabilità senza colpa,* cit., pp. 1391-1392; Tunc, *Responsabilité, assurance et solidarité sociales,* cit., p. 63 ss.; Eörsi, *Correlation between liability and insurance,* cit., p. 95 ss.; Jolowicz, *Liability for accidents,* in *Cambr. law journ.,* 1968, pp. 58-59; Sieg, *Ausstrahlungen der Haftpflichtversicherung,* Hamburg, 1952, p. 266; Kruse, *The scandinavian law of torts. Theory and practice in the twentieth century,* in *Am. journ. of comp. law,* 1970, p. 58 ss., 70; ancora Keeton, *Is there a place for negligence in modern tort law?,* in *Virg. law rev.,* 1967, p. 886 ss.; Weitnauer, *Remarques,* cit., p. 824; Bonvicini, *La responsabilità civile,* Milano, I, 1971, p. 8; Hepple, *Recensione* a Atiyah, Accidents, compensation and the law, in *Cambr. law journ.,* 1971, p. 296.

[99] Cfr. Rubino, *La fattispecie,* cit., p. 321, nota 3; Titze, *Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 210; Scaduto-Rubino, *op. cit.,* p. 705; Wussow, *Systematik,* cit., p. 18; Forchielli, *Lesione dell'interesse,* cit., p. 348; Fikentscher, *Schuldrecht,* cit., p. 255.

[100] Si veda Busnelli, *La lesione,* cit., p. 75, testo e nota 54. Per qualche accenno, Petrocelli, *L'antigiuridicità,* cit., p. 63 e p. 78. Poco felici, su questo punto, le divagazioni di Delyannis, *La notion,* cit., pp. 209-216.

[101] Con particolare energia, fra i nostri autori, Brasiello, *I limiti,* cit., p. 282; Casetta, *L'illecito,* cit., p. 32 ss.; Petrocelli, *op. cit.,* p. 23; Pugliatti, *Alterum non laedere,* cit., p. 54 e specialmente p. 67; Schlesinger, *La « ingiustizia »,* cit., p. 344; Maiorca, *Colpa civile,* cit., p. 538 ss.; De Cupis, *Fatti illeciti,* cit., p. 22 ss.; Id., *Il danno,* I, cit., p. 19 ss.; Briguglio, *Lo stato di necessità,* cit., p. 137; Cian, *Antigiuridicità e colpevolezza,* cit., p. 149; Galoppini, *Appunti,* cit., p. 15. Si vedano anche Ravazzoni, *La riparazione,* cit., p. 65; Rescigno, *Manuale,* cit., p. 648.

Più dibattutto è stato il problema in relazione allo stato di necessità. Per una rassegna delle diverse opinioni, Mayr, *Lehrbuch,* I, cit., p. 271; Briguglio, *op. cit.,* p. 112 ss., il quale si pronuncia comunque nel senso della « giustezza » del danno. Così, tra gli altri, Rubino, *op. cit.,* p. 205; Delyannis, *op. cit.,* p. 86, testo e nota 21 (diversamente però a p. 212); Messineo, *Manuale,* V, cit., p. 532 e p. 546; Petrocelli, *op. cit.,* p. 58; Devoto, *L'imputabilità,* cit., p. 79; Molari, *op. cit.,* p. 150 ss.; Visintini, *La responsabilità civile,* cit., p. 33. In giurisprudenza, Cass. sez. un., 21 febbraio 1953, n. 427, in *Giur. it.,* 1953, I, 1, c. 311. Cfr. inoltre v. Tuhr,

se il legislatore non ha richiesto per il « fatto » alcuna particolare qualifica, così escludendo ch'esso rappresenti un'autonoma fase del giudizio [102].

Ma, a ben riflettere, il problema decisivo non è tanto quello del momento in cui può essere assegnata una qualifica, bensì quello del modo in cui procedere per accertare definitivamente l'ingiustizia: ciò che interessa è allora rilevare come lo stesso legislatore, in ipotesi non certo dissimili da quelle contemplate nell'art. 2043, abbia talora stabilito espressamente che il giudice debba fondare la propria decisione sulla misura e sull'equo contemperamento degli opposti interessi delle parti [103]. Altre volte, è pur vero, quell'invito non è stato ripetuto apertamente, ma la mancanza può soltanto voler dire che il contrasto è stato risolto direttamente dalla legge, non già che questa non l'abbia valutato [104]: ed è un conflitto destinato a rinnovarsi, e a dover essere pertanto ricomposto, ogni qualvolta un elemento atipico intervenga a rimettere in questione l'equilibrio fissato dalla norma [105].

Partie générale, I, cit., p. 68 e p. 336; Leonhard, *Allg. Schuldrecht,* cit., p. 600; Känzig, *Die Widerrechtlichkeit,* cit., p. 193; Guhl, *op. cit.,* p. 156.

[102] Sembra infondata l'opinione di Tucci, *Il danno ingiusto,* cit., p. 10, secondo cui la proposta di guardare alle cause di giustificazione come ad elementi che debbono essere vagliati nel quadro dell'inchiesta sull'ingiustizia, obbedirebbe ad un'impropria confusione fra i profili dell'illiceità e della responsabilità (in tal senso, già Rodotà, *Il problema,* cit., p. 195). Non si tratta infatti di dedicare un'autonoma considerazione al comportamento del danneggiante, quanto di trovare la sede più appropriata per quell'apprezzamento dell'interesse di quest'ultimo che è indispensabile nel confronto delle opposte posizioni dei soggetti. Non, quindi, una semplice opportunità di economia del giudizio, ma proprio il rilievo dell'impossibilità di attuare un raffronto senza l'attenzione simultanea per i due momenti in gioco, induce a respingere ogni duplicazione di questa parte dell'indagine sul danno.

[103] Cfr. Trimarchi, *Illecito,* cit., p. 98. Si vedano anche Hubmann, *Grundsätze der Interessenabwägung,* cit., p. 86 ss.; Scognamiglio, *Appunti sulla nozione di danno,* cit., p. 467.

[104] Seavey, *Negligence - Subjective or objective,* cit., pp. 7-8, testo e nota 7; Id., *Cogitations on torts,* cit., p. 27; Id., Candler *v.* Crane, Christmas & Co., cit., p. 469; Street, *The law of torts,* cit., p. 103 (« ... A must show not merely that B owes him a duty but a duty in respect of that interest of A which B has violated; for instance, B may be under a duty not to cause A personal injury, yet under no duty in respect of a mere economic loss »); Armitage, in Clerk e Lindsell, *On torts,* cit., p. 13.

[105] Con vari accenti, Müller, *Die Bedeutung,* cit., p. 38 e p. 139 (« Denn der Schlüssel zum Verständnis des ganzen Schadensersatzrechts liegt... in der Einsicht, dass jede Schadensersatzverpflichtung in einer bereits vor dem Eintritt

13. Maggiori, a prima vista, le incertezze per quel che attiene all'asserita interferenza fra i due profili della *culpa* e dell'*iniuria*: motivo altre volte posto in luce, da qualche nostro interprete più

---

der Schädigung bestehenden Sonderverbindung begründet ist. Jede Verpflichtung zum Ersatz eines bestimmten Schadens ist darin begründet, dass vor Entstehung des Schadens eine Beziehung des Verpflichteten zu dem Gläubiger bestand, welche den Grund dafür bildete, dem Verpflichteten das Risiko einer solchen Schadensentstehung aufzubürden »); BOHLEN, *Incomplete privilege to inflict intentional invasions of interests of property and personality,* cit., p. 307 ss. (ad esempio, diversa ampiezza del « privilege » secondo che si tratti di « public » o di « private necessity »); MIRIČKA, *Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung,* cit., p. 153 (« Je sozialer der Zweck der Handlung, je geringer der Wert des gefährdeten Rechtsgutes und je geringer der Umfang der drohenden Verletzung, um so grösser ist das Mass der zulässigen Verletzungsmöglichkeit »); R. POUND, *Theory of social interests,* in *Pub. Am. Soc. Society,* 1920, p. 15 ss.; LÉVY, *La confiance légitime,* in *Rev. trim. droit civ.,* 1910, p. 717 ss.; FINGER, *Das Prinzip der Güterabwägung als Grundlage der Rechtswidrigkeit,* in *Festgabe R. Schmidt,* Leipzig, 1932, p. 44 ss.; CARPENTER, *Interference with contractual relations,* cit., p. 745; ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit,* cit., p. 364; JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français,* II, cit., pp. 221-222; HECK, *Grundriss,* cit., p. 40 (« Entscheidend ist dabei nur die Abwägung der Interessen, die teils vom Gesetze vollzogen, teils aber vom Richter vorzunehmen ist »); COWAN, *The victim of the law of torts,* in *Ill. law rev.,* 1939, p. 532 ss.; MARKOVITCH, *La théorie,* cit., p. 84; SEAVEY, *Principles of tort,* cit., p. 81 ss.; MAIORCA, *Proprietà e antigiuridicità,* in *Riv. dir. civ.,* 1941, p. 5 ss., 10-12; ID., *Colpa civile,* cit., p. 580; STARCK, *Essai,* cit., *Introd.,* p. 10 e testo p. 43 ss.; HEINITZ, *Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit,* in *Festschrift Eb. Schmidt,* Göttingen, 1961, p. 266 ss.; OFTINGER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht,* cit., p. 115; CASETTA, *L'illecito,* cit., p. 38 (« L'ingiustizia null'altro è che una valutazione del fatto nel suo complesso »); HORN, *Untersuchungen,* cit., p. 56, p. 58 e p. 81; DELYANNIS, *La notion,* cit., p. 32 ss. e p. 115; BETTI, *Teoria delle obbligazioni,* III, cit., p. 153; SCHLESINGER, *La « ingiustizia »,* cit., p. 347; v. CAEMMERER, *Wandlungen,* cit., p. 486; EXNER, *Fahrlässiges Zusammenwirken,* cit., p. 199; HEUSTON, in SALMOND, *Law of torts,* cit., p. 31; DABIN, *Le droit subjectif,* cit., p. 270 s. (« Or, les conflits de droits doivent être résolus ou bien *a priori* par la loi, en vertu de critères prédéterminés, ou bien *a posteriori* par le juge, en vue des circonstances particulières de l'espèce »); PROSSER, *Handbook,* cit., p. 6, p. 15 ss. e p. 129; BUSNELLI, *La lesione del credito,* cit., p. 73; FIKENTSCHER, *Schuldrecht,* cit., p. 255; SOERGEL-ZEUNER, *op. cit.,* § 823, Bem. 74; NIPPERDEY, *Tatbestandsaufbau und Systematik,* cit., p. 1993; DEUTSCH, *Entwicklungstendenzen des Schadensrechts,* cit., p. 157; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg,* cit., p. 259 ss., con riferimento esplicito al dolo p. 283, nota 551, e per le conclusioni p. 440 (« Das 'Problem der Vergleichbarkeit' gegenüberstehender Interessen wird zu Unrecht hochgespielt, weil der Wert der Interessen als solcher nur *einer*

attento [106], ma in genere sfuggito a una dottrina in cui il comporsi

---

der vielen Faktoren der Interessenabwägung ist, zu denen u.a. die Intensität der Eignung, das 'Handeln auf eigene Gefahr' und das Veranlassungsprinzip gehören. Auch die Einwilligung des Verletzten ist kein 'Rechtfertigungsgrund für sich', sondern Teil der Interessenabwägung, obwohl sie in manchen Fällen... als überwiegender Faktor alle anderen Abwägungsmomente zurückdrängt »); TUCCI, *Il danno ingiusto,* cit., p. 31; P. G. JAEGER, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale,* in *Riv. dir. ind.,* 1970, p. 5 ss., p. 123 ss.; KRASSER, *Der Schutz vertraglicher Rechte,* cit., p. 286 ss.; LUMINOSO, *La tutela aquiliana,* cit., p. 75 ss. e p. 84 ss.; MERTENS-REEB, *Grundfälle,* cit., 1971, p. 526 ss.; KANETI, *op. cit.,* p. 638; RUFFOLO, *Atti emulativi,* cit., p. 23 ss. (perlomeno nelle conclusioni, pp. 47-48); FLETCHER, *Fairness and utility,* cit, p. 542; DELL'AQUILA, *Interferenza,* cit., cc. 315-316.

[106] In generale, o proprio con riferimento esplicito al dolo, VENEZIAN, *La causa nei contratti,* cit., p. 377; GIUSIANA, *Il concetto,,* cit., p. 179, nota 8; FALZEA, *L'offerta,* cit., p. 70 (« ... per danno ingiusto cagionato ad altri deve appunto intendersi la *colpevole lesione della sfera giuridica altrui* »); CARRARO, *Valore attuale,* cit., p. 796 e p. 801, nota 47; MAIORCA, *Colpa civile,* cit., p. 605 (il quale afferma che, mentre « la colpa deve intendersi distinta dall'antigiuridicità », « l'accertamento di un comportamento fraudolento vale ben più che quale accertamento del fondamento soggettivo della responsabilità civile », servendo « altresì a qualificare il fondamento della 'ingiustizia'»); SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043,* cit., c. 1431 ss.; PETROCELLI, *L'antigiuridicità,* cit., p. 6 e p. 69 ss.; SCHLESINGER, *La « ingiustizia »,* cit., p. 338 (« ... non si tiene presente che molte volte le modalità del comportamento, ed in particolare proprio il dolo o la colpa, costituiscono requisiti essenziali perché si realizzi quella lesione del diritto soggettivo che, secondo la tesi in esame, sarebbe da considerare come elemento obiettivo della responsabilità aquiliana, in contrapposizione alla colpevolezza dell'azione dannosa »); MOLARI, *Profili,* cit., p. 133, nota 19; BUSNELLI, *La lesione del credito,* cit., nell'ultimo capitolo (in cui, trattando delle ipotesi di partecipazione del terzo alla violazione di un contratto, l'a. osserva che « la malafede del terzo è richiesta al fine di integrare il presupposto soggettivo dell''ingiustizia' del danno »); CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza,* cit., p. 67; TRIMARCHI, *Illecito,* cit., p. 103; NATOLI, *Il possesso,* II, cit., p. 64 (« ... la presenza della buona fede — cioè della ignoranza di ledere l'altrui diritto, sino a quando essa non dipenda dalla colpa grave — incide decisamente sulla qualificazione del fatto-possesso, escludendone, anzitutto, il carattere di illiceità, se non, ovviamente, quello di non conformità alla legge »); ZICCARDI, *L'induzione,* cit., p. 158.

Si vedano poi ZITELMANN, *Ausschluss der Widerrechtlichkeit,* cit., p. 6, nota 10; PLANIOL, *op. cit.,* II, p. 277 (« La violence et la fraude sont réprouvées en elles-mêmes, et ceux qui les emploient sont nécessairement fautifs et responsables »); ENGISCH, *Untersuchungen,* cit., p. 283 ss. e p. 343 ss.; ID., *Die Kausalität,* cit., p. 53; LEONHARD, *Besonderes Schuldrecht,* cit., p. 541 ss.; *Restatement of torts,* I, cit., p. 13 (« ... whether... subjection to liability will ripen into liability dependes, upon whether the invasion of the other's

tra le opposte suggestioni del rischio e dell'azione finalistica — unitamente alla fedeltà alla tradizione — ha perpetuato l'usanza di distinguere, nel tratteggio delle linee del torto, fra elementi oggettivi e soggettivi [107]: ciascuno inteso come dato ben distinto, e da accertarsi in

---

legally protected interests results in a manner which makes the law regard it as just to hold the actor responsible for it... »); LARENZ, *Vertrag und Unrecht,* II, cit., p. 20; BUFNOIR, *Propriété et contrat,* cit., p. 804; BECKER, *Kommentar,* VI, 1, cit., p. 213; COLIN-CAPITANT-JULLIOT De La MORANDIÈRE, *Cours élémentaire,* II, cit., p. 219 (« ... l'intention de nuire... est à elle seule constitutive de la faute »); P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.,* VI, p. 480; ID., in PLANIOL-RIPERT, *Obligations,* 1, cit., p. 698; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *op. cit.,* 2, p. 1280; STARCK, *Essai d'une théorie,* cit., p. 198 (« ... la constatation d'une faute est le critère le plus constant de l'illiceité du dommage »); PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité de droit civil,* II, cit., p. 365 (« ... l'intention de nuire étant nécessairement illicite par elle-même, rende illicite l'usage d'un droit quelconque, quand elle en devient le but »); WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund,* cit., p. 41; v. CAEMMERER, *Die absoluten Rechte,* cit., p. 561 (« Die *Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit* eines anderen ist widerrechtlich, wenn sie vorsätzlich geschieht. Im übrigen liegt Widerrechtlichkeit vor, wenn die Verletzung Folge eines Verstosses gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, insbesondere eines Verstosses gegen die von der Praxis herausgearbeiteten allgemeinen Verkehrspflichten ist »); Hans STOLL, in *JZ,* 1958, cit., p. 140; WEIMAR, *Der « Rechtfertigungsgrund »,* cit., p. 135; ZEUNER, *Bemerkungen zum Problem der Rechtswidrigkeit,* cit., p. 43 ss.; WEITNAUER, *Fahrlässigkeit und Rechtswidrigkeit im Zivilrecht,* in *VersR,* 1963, p. 992 ss., 994; v. BÜREN, *op. cit.,* p. 259 e pp. 261-261; FIKENTSCHER, *Schuldrecht,* cit., p. 255; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg,* cit., *passim,* e comunque p. 152, testo e nota 304, pp. 294-295 (« Handelt es sich um Fahrlässigkeitstaten, so kann noch die Schuldfrage zur Herbeiführung gerechter Ergebnisse missbraucht werden. Wurde jedoch der Tatbestand vorsätzlich verwiklicht, so versagt auch dieser Ausweg, weil sich die vorsätzliche Schuld kaum dazu eignet, unter ihrem Namen Rechtswidrigkeitsfragen zu lösen »), p. 439 (« Das Prinzip des Könnens ist daher nicht erst bei der Schuld, sondern schon bei der Rechtswidrigkeit zu beachten »), e p. 440 (« Die Interessenabwägung ist immer vom Standpunkt 'ex ante' vorzunehmen... dann es geht methodisch stets um das Interesse der Rechtsordnung an bestimmten *Verhalten* und nur mittelbar um das Interesse an den berührten Rechtsgütern »); LÖWISCH, *Rechtswidrigkeit und Rechtfertigung von Forderungsverletzungen,* cit., p. 428; ARMITAGE, in CLERK e LINDSELL, *On torts,* cit., p. 40; DEUTSCH, *Grundmechanismen,* cit., p. 721; Eike SCHMIDT, *Grundlagen,* cit., pp. 498-499.

[107] Ad esempio, CHIRONI, *Colpa extracontrattuale,* I, cit., p. 76; G. ROTONDI, *Dalla « lex Aquilia »,* cit., 1917, p. 286, testo e nota 4. In seguito, BUTERA, *op. cit., sub* art. 2043, p. 562; CASETTA, *L'illecito,* cit., p. 46 e p. 60; SARFATTI, *Le obbligazioni nel diritto inglese,* cit., p. 290. Recentemente, SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale,* cit., p. 308; FORCHIELLI, *Lesione dell'inte-*

forma separata [108], all'interno del giudizio risarcitorio, senza intrecci o possibili correlazioni [109].

È facile però rendersi conto dei limiti di questa concezione. A denunciarli non è tanto l'esempio delle offese e lesioni dell'onore [110], ossia un richiamo a diritti e posizioni che non possono dirsi vulnerati se non nella misura in cui l'autore abbia tenuto un certo atteggiamento: qui, forse, si potrebbe già ribattere che il difetto di colpa nell'autore neppur incide sul carattere del danno, ma ne determina ancor prima la mancanza. Né, in altro senso, staremo a ricordare come nelle ipotesi di « responsabilità indiretta », di cui agli artt. 2047, 2048 e 2049, la colpa e il dolo (dell'agente) assolvano una funzione diversa da quella dell'imputazione del danno [111]: anche per esse si

---

resse, cit., p. 347. In giurisprudenza, per tutte, Cass. 6 ottobre 1955, in *Riv. giur. circ. e trasp.,* 1956, p. 34. Sul significato originario e sull'evoluzione del binomio, sono istruttivi gli accenni di MAIORCA, *Colpa civile,* cit., p. 348; oppure SCHRICKER, *Gesetzesverletzung und Sittenverstoss,* cit., p. 157, che sottolinea come quella contrapposizione sia stata una peculiarità dell'ambiente italiano. Si vedano in realtà WEYL, *Das « Verschulden » und die verwandten Begriffe,* cit., p. 133; HASENÖHRL, *Österreichisches Obligationenrecht,* cit., II, p. 144; RANDA, *Die Schadensersatzpflicht,* cit., p. 49; SAVATIER, *Traité,* I, cit., p. 5; ESSER, *Schuldrecht,* I, cit., p. 70; DELYANNIS, *La notion,* cit., p. 47 (ma questo autore dimostra poi di non lasciarsi condizionare da quello schema, giungendo ad affermare ad esempio — p. 234 — che il giudizio di responsabilità deve svolgersi in effetti attraverso « une appréciation de valeur tantôt des intérêts en présence seuls, tantôt de ces mêmes intérêts en combinaison avec le comportement de l'agent, en tant que tel »).

[108] H. A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit,* cit., p. 134 (diversamente però pp. 137-138); DELITALA G., *Danno e reato in un recente libro di F. Carnelutti,* in *Riv. dir. civ.,* 1927, p. 252 ss., 260-261; RODOTÀ, *Il problema,* cit., p. 184; SCOGNAMIGLIO, voce « *Risarcimento del danno* », cit., p. 11.

[109] TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito,* cit., p. 257; DEVOTO, *La concezione analitica,* cit., *passim,* e specialmente pp. 517-518; CARBONE, *Il fatto dannoso,* cit., p. 162 ss.; DI PRISCO, *Concorso di colpa,* cit., p. 257 ss.

[110] Il richiamo è utilizzato frequentemente nella dottrina francese e belga (ad esempio RUTSAERT, *Le fondement,* cit., p. 31), ma non sempre come argomento per respingere la perentorietà di quella distinzione. Così, invece, CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza,* cit., p. 172. Si vedano pure SENG, *Zur Frage der Vergütung nichtökonomischen Schadens,* cit., p. 362; MOLITOR, *Besond. Teil,* cit., p. 192. Con riferimento alle informazioni esatte, ma dannose per qualcuno, cfr. d'altra parte SOERGEL-KNOPP, *Komm.,* III, cit., § 826, Bem. 37, p. 986.

[111] Non regna completo accordo — almeno per quanto concerne la responsabilità del preponente — sulla necessità che l'atto del sottoposto sia stato

potrebbe replicare che si tratta di fattispecie differenti da quella prevista nell'art. 2043, e che è la sola a dover qui interessare.

---

colposo. In senso affermativo, comunque, PACCHIONI, *Dei delitti e quasi-delitti,* cit., p. 61; ID., *Obbligazioni e contratti,* cit., p. 151; ORLANDO CASCIO, *Teoria,* cit., p. 40; BOUILLENNE, *La responsabilité civile,* cit., p. 39; PIRSON-DE VILLÉ, *Traité,* I, cit., p. 277 s.; DEMOGUE, *Traité,* 1, V, cit., p. 132 (« ... la loi n'a pas entendu consacrer au profit du tiers un droit général à indemnité »); CASETTA, *L'illecito,* cit., pp. 56-57, testo e nota 115; P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.,* VI, p. 439; BECQUÉ, *Coexistence ou incompatibilité des présomptions légales en matière de responsabilité civile,* in *Rev. trim. droit civ.,* 1952, p. 311; MESSINEO, *Manuale,* V, cit., pp. 569-570; BARBERO, *Criterio di « nascita » e criterio di « propagazione » della responsabilità per fatto illecito,* in *Riv. dir. civ.,* 1960, p. 572 ss.; ID., *Sistema,* II, cit., p. 815 ss.; BRASIELLO, *I limiti,* cit., p. 9; BRIGUGLIO, *op. cit.,* p. 77; DABIN-LAGASSE, in *Rev. crit. jurispr. belge,* 1959, p. 205; DEVOTO, *L'imputabilità,* cit., p. 72, e p. 90; WEITNAUER, *Remarques,* cit., p. 815; JØRGENSEN, *Towards strict liability,* cit., p. 41; LARENZ, *Methodenlehre,* cit., p. 462; ALESSI, voce « *Responsabilità civile della Pubblica Amministrazione* », in *Noviss Dig. it.,* XV, 1968, p. 686. Si vedano ancora DERNBURG, *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts,* II, cit., p. 157; M. RÜMELIN, *Schadensersatz ohne Verschulden,* cit., p. 12; v. BONNOT, *Grundriss,* cit., pp. 33-34; COSACK-MITTEIS, *Die Allgemeinen Lehren,* cit., p. 786; KRESS, *Allgemeines Schuldrecht,* cit., p. 334; v. CAEMMERER, *Wandlungen,* cit., p. 540; WIEFELS, *Allg. Schuldrecht,* cit., p. 68; D'AVANZO, *Istituzioni di diritto civile,* 4ª ed., Roma, I, 1951, p. 447; TRIMARCHI, *Causalità e danno,* cit., p. 14 (« atto negligente »); ATIYAH, *Vicarious liability,* cit., p. 28; RESCIGNO, *Manuale,* cit., p. 657 (« fatto illecito »); RUFFOLO, *Il problema della responsabilità vicaria,* cit., p. 904.

Contra, ad esempio, PIOTET, *Culpa in contrahendo,* Berne, 1963, p. 65; oppure LORENZ, in *Am. journ. comp. law,* 1964, cit., p. 25; ma a noi sembra probabile che si debba distinguere a seconda dell'attività esercitata dall'autore del fatto dannoso, mantenendo ferma la necessità della colpevolezza in tutti i casi in cui non è proprio la natura dell'atto a costituire, per la sua rischiosità o pericolosità, la ragione per cui il legislatore ha previsto (o per cui l'interprete debba eventualmente ammettere) la necessità di un criterio oggettivo di collegamento.

Nei casi di rilevanza esclusiva del dolo, come ad esempio per il danno non patrimoniale derivante da un fatto che è reato soltanto a questo titolo, avremo dunque che il criterio d'imputazione è rappresentato dal rapporto di preposizione, e quello d'ingiustizia dal dolo (cfr. Otto v. GIERKE, *Schuldrecht,* cit., p. 123, nota 27; Hans STOLL, in *JZ,* 1958, cit., p. 140). Ciò significa, peraltro, che, là dove il dolo del danneggiante « assorbirebbe » la colpa contrapposta del danneggiato, non si potrà ammettere che la soluzione diventi quella di una ripartizione della responsabilità, in base alla considerazione che nell'ipotesi in esame il dolo proveniva dal solo dipendente, e non anche dal preponente (così invece alcune decisioni giurisprudenziali riportate da Reimer SCHMIDT, in SOERGEL-SIEBERT, *op. cit.,* § 245, Bem. 19). Occorrerà sempre,

Piuttosto, e più ampiamente, occorre insistere sull'esigenza che uno schema dell'illecito distingua fra le varie componenti in funzione dell'effettiva indipendenza che ciascuna possiede nel giudizio [112]; il che significa ricondurre all'ingiustizia tutte le voci che, nel quadro dell'inchiesta sulla responsabilità, permettono all'interprete di lasciare in sospeso — una volta sicura l'esistenza del danno, e indiscusso il rapporto di causalità — i soli problemi relativi all'applicabilità del criterio di imputazione e alla capacità di intendere e di volere dell'autore [113]: e cioè tutti i fattori che, nel contesto specifico in cui è stata arrecata la lesione, concorrono a delimitare l'ambito di rilevanza giuridica della situazione colpita [114].

Sarà allora decisivo constatare come non solo nessuna posizione, all'interno del nostro ordinamento, possa esser certa *a priori* di prevalere nel conflitto con un'altra posizione [115], ma neppure sia protetta

---

inutile ricordarlo, che non si versi in una situazione in cui il dolo dell'autore debba per ciò stesso ritenersi « interruttivo » del nesso causalità.

[112] Cfr. PETROCELLI, *L'antigiuridicità,* cit., p. 71.

[113] Quest'ultimo elemento cessa di essere indispensabile ai fini della responsabilità soltanto nelle ipotesi in cui opera un criterio oggettivo di imputazione del danno, nonché, secondo l'opinione dominante, nei casi di atto lecito dannoso: in tal senso, KRÜCKMANN, *Verschuldensaufrechnung,* cit., p. 96; v. TUHR, *Partie générale,* I, cit., pp. 353-354; BOHLEN, *Liability in tort of infants and insane persons,* in *Mich. law rev.,* 1924, p. 9 ss., 31; P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.,* VI, p. 438; REINECKE, *Objektive Verantwortung im zivilen Deliktsrecht,* Düsseldorf, 1959, p. 72; TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva,* cit., p. 38; GEIGEL, *Der Haftpflichtprozess,* 10ª ed., München u. Berlin, 1963, p. 304 e p. 306; MAIORCA, *Colpa,* cit., p. 559 (almeno nella sostanza); HEUSTON, in SALMOND, *Law of torts,* cit., p. 76; DEVOTO, *L'imputabilità,* cit., pp. 49-50, p. 62, p. 66, p. 97; ID., *La concezione analitica,* cit., p. 502, nota 13; SCOGNAMIGLIO, voce « *Illecito* », cit., p. 172; COMPORTI, *Esposizione a pericolo,* cit., pp. 252-253; ID., *La responsabilité civile,* cit., p. 848; FORCHIELLI, *Responsabilità civile,* I, cit., p. 101; RUFFOLO, *op. ult. cit.,* p. 885; M. BARCELLONA, *Recensione* a Corsaro, L'imputazione del fatto illecito, in *Riv. dir. civ.,* 1973, p. 89. Perplesso CATAUDELLA, *Recensione* a Comporti, Esposizione a pericolo e responsabilità civile, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1968, p. 1675 ss.

In Francia, la legge 3 gennaio 1968 ha introdotto nell'art. 489 del codice civile la regola per cui « celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation »: sul punto, PUECH, *L'illiceité dans la responsabilité civile extracontractuelle,* cit., p. 64 ss.; PENNEAU, *Faute et erreur,* cit., p. 37 ss. e p. 200 ss.

[114] MAIORCA, *op. ult. cit.,* p. 580.

[115] Si veda anche ESSER, *Schuldrecht,* I, cit., p. 56.

in assoluto, contro ogni specie di comportamento e per un tipo definitivo di colpevolezza [116].

Indicativo, in tal senso, il trattamento di chi ha visto la propria cosa distrutta da chi gliel'aveva in precedenza usurpata; a seconda che quest'ultimo avesse la qualità di semplice detentore, di possessore o di *accipiens indebiti,* diversa riuscirà la possibilità di reazione per la vittima: nel primo caso bastando la *culpa laevis,* nel secondo occorrendo la colpa grave, nel terzo la malafede dell'agente — riferite al tempo dell'avvenuta usurpazione [117].

E gli esempi potrebbero ancora continuare, rivelando come là dove maggiore è stato il rischio creato, o minore la sua utilità sociale, o più alto il costo di rimozione del danno, o più prezioso il bene sacrificato, più severa diventi abitualmente la regola di condotta, e maggiore il grado di diligenza da osservare [118]: è la ragione, dunque,

---

[116] HEDEMANN, *Schuldrecht,* cit., p. 370; STARCK, *Essai,* cit., p. 197; BETTI, *Teoria delle obbligazioni,* cit., I, p. 137; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgem. Teil,* 2, cit., p. 1286; TORREGROSSA, *op. cit.,* p. 39.

[117] Nel senso che la regola secondo cui la colpa grave vizia la buona fede, non operi al di fuori degli artt. 1147 e 1153 cod. civ., cfr. recentemente GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato,* in *Riv. dir. comm.,* I, p. 335 ss., 352 ss.

[118] In generale, o per qualche esemplificazione, M. RÜMELIN, *op. ult. cit.,* pp. 6-7; CAPITANT, *Sur l'abus des droits,* cit., p. 375; THAYER, *Liability without fault,* in *Harv. law rev.,* 1915-16, p. 801 ss., 814-815; DEMOGUE, *Traité,* 1, IV, cit., p. 374 (« L'élément subjectif de la faute varie suivant les cas en tenant compte de ce qu'il faut plutôt encourager ou plutôt refréner tel genre d'activité »); JOSSERAND, *Cours,* II, cit., p. 226; ENGISCH, *Untersuchungen,* cit., p. 360 ss.; RUTSAERT, *Le fondement,* cit., p. 33; *Restatement of torts,* II, cit., §§ 291, 292, 293; WILBURG, *Die Elemente des Schadensrechts,* cit., pp. 101-102; SEAVEY, *Negligence,* cit., p. 7; ID., *Principles,* cit., p. 89; ID., *Cogitations,* cit., p. 27; SAVATIER, *Traité,* I, cit., p. 55; P. ESMEIN, in PLANIOL-RIPERT, *Obligations,* 1, cit., p. 814; DELYANNIS, *op. cit.,* p. 57, p. 119 (« ... la diligence requise à l'égard des biens garantis est beaucoup plus grande que celle requise à l'égard des intérêts purement économiques ou moraux des autres »), e p. 129 (« ... il serait illogique et injuste de soumettre à la même réglementation les atteintes portées à ces intérêts indirectement et relativement protégés par le Droit et celles portées à des biens garantis d'une manière directe et absolue »); ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 900; BRASIELLO, *op. cit.,* p. 32; LEVER, *Means, motives and interests in the law of torts,* in *Oxford Essays in Jurisprudence,* Oxford, 1961, p. 56; WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte,* Karlsruhe, 1961, p. 18 ss.; HARPER e JAMES, *The law of torts,* I, cit., p. 516 (« ... when the interests of the plaintiff and the defendant are substantially equal in social importance, a

che giustifica la presenza di una molteplicità di criteri di collegamento, nel nostro sistema, e non di un solo titolo di responsabilità, come si spiega che possa pur variare, in funzione dell'elemento soggettivo, la difesa di interessi differenti coinvolti in una stessa circostanza dannosa [119]; ma il pluralismo dev'esser reclamato, come realtà non meno positiva e altrettanto conforme all'intelletto, in rapporto anche all'altra situazione, e cioè nel caso di uno stesso bene colpito in occasioni differenti [120].

---

desire solely to cause loss to the plaintiff, unmixed with any purpose to advance his own interest, will make a defendant's conduct actionable ») e II, cit., p. 755; CHARLESWORTH, *On negligence,* cit., p. 25 ss.; v. CAEMMERER, *Wandlungen,* cit., p. 486; DEUTSCH, *Fahrlässigkeit,* cit., p. 62 ss., 157 ss., 171; ID., *Gefahr, Gefährdung, Gefährerordnung,* in *Festschrift Larenz,* München, 1973, p. 884 ss., 902; PROSSER, *Handbook,* cit., p. 149 ss.; WIETHÖLTER, *op. cit.,* p. 49 ss.; WRIGHT, *Cases on the law of torts,* cit., p. 171; BUCHNER, *Die Beurteilung des Verschuldens,* cit., p. 2382; DIAS, in CLERK e LINDSELL, *op. cit.,* p. 502 ss.; SOERGEL (-ZEUNER), *op. cit.,* III, § 823, Bem. 5, p. 863 e Bem. 96, pp. 888-889; ESSER, *Schuldrecht,* I, cit., p. 249; STREET, *The law of torts,* cit., p. 116 ss.; FLETCHER, *Fairness and utility,* cit., p. 543; SCHMIDT-SALZER, *Produkthaftung,* Heidelberg, 1974, p. 31 s.; FLEMING, *The role of negligence,* cit., p. 823; MILLNER, *Growth and obsolescence,* cit., pp. 279-280.

[119] TERRY, *Proximate consequences,* cit., pp. 15-16 e p. 27; BOHLEN, *Incomplete privilege,* cit., p. 307; CARPENTER, *Interference with contractual relations,* cit., p. 745; *Palsgraf* v. *Long Island R. R. Co,* (1928) 248 N. Y. 339, 162 N. E. 90; *Donoghue* v. *Stevenson,* 1932 A. C. 562; Mc CORMICK, *Law of damages,* cit., p. 319; SEAVEY, *Principles,* cit., p. 92; ID., *Cogitations,* cit., p. 35; ID., in *Law quart. rev.,* 1951, cit., p. 474 ss.; KEETON, *Conditional fault,* cit., p. 424; MAASDORP, *Delicts,* cit., p. 17; *The Wagon Mound,* (No. 1), 1961 A. C. 388; PAYNE, in *Mod. law rev.,* 1962, cit., p. 16; ID., *The 'direct' consequences,* cit., p. 199. Ma basterebbe riflettere sull'eventualità che destinataria della protezione accordata dal diritto sia una categoria determinata di soggetti, o richiamare più ampiamente tutti i casi in cui, fra i vari rischi che un'azione può creare, risulta chiaro che la norma ha inteso scoraggiarne solo alcuni ben precisi: l'interesse dei soggetti ai quali non è rivolta specificatamente la tutela legale sarà protetto solo a titolo di dolo, laddove questo possa assumere rilievo; mentre chi è diretto beneficiario di quella protezione, o chi ha subito proprio il danno contemplato, potrà difendersi già contro la colpa (consistente, appunto, nella violazione anche non intenzionale di quel precetto).

[120] Così, per ricordare un noto esempio, nell'ipotesi di chi sta attendendo alla potatura di un albero, sul fondo di sua proprietà: soltanto se vi è malevolenza, gli si potrà imputare la lesione che un passante occasionale abbia subito per la caduta di un ramo sulla testa (VITALI, *Del danno,* cit., p. 125; cfr. pure MATTEI, *Codice civile,* IV, cit., p. 131; CANDICE, *La compensazione delle colpe,* cit., p. 65; PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni,* IV, 1, cit., p. 131,

Talvolta, la spiccata particolarità del fatto ha consentito al legislatore di fissare un criterio ben preciso di collegamento, ed il riscontro che il bene è stato leso nel ricorso di quelle condizioni basterà per dichiarare il danno ingiusto: neppure allora, tuttavia, si dovrà dire che il rapporto che unisce *culpa* e *iniuria* scompaia formalmente dal giudizio; esso, semmai, può ritenersi implicito, essendo stato ormai

---

a proposito di colui il quale getta qualcosa sul suo terrazzo, ferendo in tal modo una persona entrata in casa senza autorizzazione; analogamente, *Restatement of torts,* II, cit., § 282, p. 740; BOHLEN, *Fifty years of torts,* cit., p. 736 ss.; Note, *Railroad liability to trespassers in Virginia,* in *Virg. law rev.,* 1955, p. 539 ss., 540 s.; PAYNE, in *Curr. leg. probl.,* 1953, cit., p. 241; v. anche MILLNER, *Growth and obsolescence,* cit., p. 268; DIAS, in CLERK e LINDSELL, *On torts,* cit., p. 470, con riguardo a *Commissioners for Railwayv* v. *Quinlan,* 1964 A. C. 1054, ove si è stabilito che « occupiers of premises owe a duty of care to lawful ' visitors ' », ma che « trespassers fall into the category of unlawful visitors », i quali possono soltanto avere «a remedy for injuries inflicted wilfully or recklessly »: la decisione è riportata integralmente in WRIGHT, *Cases,* cit., p. 714 ss.). Così, ancora, nel caso di chi subisce una critica o un commento sferzante, per il quale potrebbe agire con una domanda di danni in circostanze ordinarie, e contro cui non può magari nulla se il fatto è avvenuto in periodo di Carnevale (Lyon, 19 juillet 1894, in *Sirey,* 1896, 2, p. 29, citata da RUTSAERT, *Le fondement,* cit., p. 31); oppure in quello di chi, sospettando che un terzo abbia appiccato fuoco ad un granaio, lo tocca su una spalla dicendogli: « Did you feel better after you set fire? » (*Crawford* v. *Bergen,* 1894, su cui PROSSER, *op. cit.,* p. 36, il quale sottolinea appunto la rilevanza che assumono, per la determinazione dell'elemento soggettivo nel *tort* di *battery,* elementi come il tempo e lo spazio).

Applicando le indicazioni offerte nella nota precedente, gli esempi possono moltiplicarsi senza difficoltà. Così, chi rimanga travolto nel crollo di un ascensore, sarà protetto in maniera diversa — proprio in rapporto all'elemento soggettivo che occorrerà risulti nell'agente — a seconda che egli fosse un ladro, o che si trovasse in una casa abbandonata, oppure in un pubblico edificio (cfr. già KOHLER, *Schuldrecht,* cit., p. 514). Il pedone investito da un'automobile procedente oltre il limite di velocità consentito, ha senza dubbio diritto al risarcimento; ma la presenza di questa stessa colpa, da parte del conducente, non basterebbe a giustificare un'azione aquiliana laddove il fatto avvenisse in autostrada. Il trasportato è protetto diversamente, in caso di incidente o collisione, a seconda che egli sia parte di un contratto di trasporto, oppure trasportato per benevolenza, o ancora un semplice clandestino (Salv. ROMANO, *Il trasporto di cortesia,* cit., p. 506). Un bambino ferito per lo scoppio di un petardo, vendutogli contro ogni disposizione di polizia, potrà ottenere senz'altro il risarcimento; ma se invece mangia il razzo, restandone poi avvelenato, il venditore potrà essere responsabile soltanto se egli avesse assicurato che il petardo in vendita era anche commestibile.

deciso dalla norma nei confronti di che tipo di contegno il pregiudizio possieda quel carattere [121].

Accadrà però molto più sovente che, in mancanza di una disposizione particolareggiata, e sulla base della sola clausola generale, sia il giudicante a dover determinare la soglia della colpevolezza dinanzi a cui l'interesse colpito può assumere rilevanza giuridica [122]. Mentre

---

[121] Senza contare, di nuovo, che « il variare delle circostanze di fatto potrebbe ben far risultare inadeguato o addirittura pericoloso un comportamento che dalla norma è stabilito in vista di situazioni tipiche e generali » (CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza,* cit., p. 199); e cfr. SEAVEY, *Negligence,* cit., p. 7 (« ... the risk is only as to time place and manner »); DEMOGUE, *Traité,* 1, III, cit., p. 370; HARPER e JAMES, *op. cit.,* pp. 492-493; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *op. cit.*. 2, p. 1279; HART e HONORÉ, *op. cit.,* p. 264; HUBMANN, *Grundsätze der Interessenabwägung,* cit., p. 115 ss. e p. 133; HANAU, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit,* cit., pp. 111-112.

Nel senso che in diritto civile non vi sia neppure posto per il concetto della c. d. « indizierende Funktion der Tatbestandmässigkeit », già BIENENFELD, *Die Haftungen ohne Verschulden,* cit., p. 404; e recentemente — proprio per la considerazione che la conformità del comportamento rispetto alle regole del traffico può operare quale causa di giustificazione autonoma e aggiuntiva a quelle classiche — Hans STOLL, in *JZ,* 1958, cit., p. 139; v. CAEMMERER, *Wandlungen,* cit., p. 549 ss.; ancora ENNECCERUS-NIPPERDEY, *op. cit.,* p. 1301; LORENZ, *Fortschritte der Schuldrechtsdogmatik,* cit., p. 435; WIEACKER, *Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit,* cit., p. 535 ss.; HORN, *Untersuchungen,* cit., p. 81.

[122] Particolarmente esplicito RODOTÀ, *Il problema,* cit., p. 159 (« La complessa sequenza, da cui consegue l'obbligo del risarcimento si presenta, quindi, come una fattispecie *aperta,* nella quale l'apprezzamento delle modalità del fatto dannoso consente al giudice la possibilità di far ricorso a diversi criteri di responsabilità, seguendo una indicazione *già* esplicita nella previsione legislativa »); e si confrontino gli esempi offerti da SACCO, *L'ingiustizia,* cit., c .1431. In generale anche CIAN, *op. cit.,* pp. 67-68; e già VENZI, *Note* a Pacifici Mazzoni, Istituzioni, IV, 1, cit., pp.354-355; oppure RUTSAERT, *op. cit.,* p. 30; LEHMANN, *Begrenzung,* cit., p. 178.

Non sono prive d'interesse anche certe affermazioni frequenti nell'ambiente di *common law,* in cui l'attenzione viene parimenti attirata sul momento del giudizio, anche se il rapporto su cui si insiste è più quello che corre tra variabilità delle circostanze e accertamento della colpa, che non l'altro fra situazione di fatto e tipo di colpevolezza. Soprattutto, Bowen L. J. in *Thomas* v. *Quartermaine,* 1887, in CARLESWORTH, *op. cit.,* p. 6 (« ... there is no such thing as negligence in the abstract »); GREEN, *The negligence issue,* in *Yale law journ.,* 1928, p. 1029 ss.; *Restatement of torts,* I, cit., p. 12 (« ... the actor's duty in tort is often to conduct himself in a manner, the property of which is to be determined ex post facto by the jury... »); BOHLEN, *Fifty years,* cit., p. 1229 s.; GOODHART, *The « last opportunity » rule,* in *Law quart. rev.,* 1949, p. 237 ss., 241; MORISON, *Re-examination of duty of care,* in *Mod. law*

si conclude con l'assegnazione al danno di una specifica qualifica formale, che potremmo chiamare di astratta o provvisoria risarcibilità, l'inchiesta relativa all'ingiustizia appare dunque la parte del processo in cui l'interprete deve provvedere, valutate le opposte posizioni, all'elezione del titolo di responsabilità per il caso sottoposto al suo controllo [123]. L'accertamento che l'autore materiale abbia violato effettivamente quella regola di condotta, concreterà il momento terminale del giudizio, consentendo l'imputazione definitiva del danno: ma è una ricerca che nasce già orientata dai risultati della fase precedente, trattandosi appunto di indagare non già su un tipo casuale di colpevolezza, bensì su quello che è ormai stato postulato come elemento soggettivo necessario affinché il danno possa dirsi ingiusto [124].

14. Naturalmente il titolo prescelto può risultare in concreto inapplicabile, perché il tipo di *culpa* dell'agente è diverso da quello immaginato, e s'intende che allora la lesione non andrà considerata

---

rev., 1948, p. 9 ss., 28; PAYNE, in *Mod. law rev.*, 1962, cit., p. 6 ss.; ID., *The tort of negligence*, cit., p. 250; PROSSER, *op. cit.*, p. 153. Cfr. pure WIETHÖLTER, *op. cit.*, p. 20 e DEUTSCH, *Entwicklungstendenzen des Schadensrechts*, cit., p. 158.

[123] Soprattutto MAIORCA, *Colpa civile*, cit., p. 579, il quale parla di una « qualificazione formale, valida a stabilire quale sia il danno da imputare e quale il criterio di imputazione ». Anche RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 74, rileva come « il problema della responsabilità civile » consista « nella fissazione di un criterio grazie al quale si può sostituire l'attribuzione automatica del danno con una giuridica ». Concetti analoghi in REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità*, cit., p. 12; recentemente P. BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali*, cit., p. 308. Si vedano poi le conclusioni di MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, cit., p. 439 (« ... das gesollte Verhalten, also der Inhalt der den Täter treffenden konkreten Rechtspflicht, wird auf Grund der Prinzipien der Eignung, des Könnens und der Interessenabwägung ermittelt, anstatt die Rechtswidrigkeit auf eine 'Indikation' zu stützen »). Cfr. inoltre MACHIN, *Negligence and interest*, in *Mod. law rev.*, 1954, p. 405 ss.; DELYANNIS, *La notion*, cit., p. 69; B. A. MANN, *Rule 10b-5: evolution of a continuum of conduct*, cit., p. 1209 e p. 1220; CUENDET, *La faute contractuelle et ses effets*, cit., p. 102; KANETI, *Les grandes lignes*, cit., p. 635.

[124] Cfr. RUBINO, *La fattispecie*, cit., p. 538. Oppure MAIORCA, *op. cit.*, il quale, dopo aver osservato come a venire in considerazione, nell'ultima fase, non sarà « una generica ipotetica diligenza, bensì una 'specifica diligenza', quella cioè che è relativa alla fattispecie quale rileva nella prospettiva dell'accertamento giudiziale » (p. 584), conclude poi che « i confini e i presupposti dell'imputazione si confondono con quelli della responsabilità » (p. 558). Da ultimo, HANAU, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit*, cit., p. 110.

ingiusta: poco senso avrebbe infatti una qualifica, introdotta solamente come ipotesi, nel quadro di un giudizio ancora *in fieri*, e rimasta però in via definitiva come veste nominale per il danno, anche dopo che sia stata ormai assodata la mancanza di quella condizione [125]; non sarà tale pertanto un pregiudizio per cui sia apparso necessario il dolo, ove all'agente si possa addebitare un semplice difetto di cautela [126].

Né v'è il timore che questa conclusione tolga evidenza e risalto all'ingiustizia, quale fattore indipendente dell'illecito, o in qualche modo sminuisca l'importanza della recente innovazione codicistica [127]; bisogna dire, casomai, che la si esalta, tenuto conto di quanto resta espresso, con un bando a profili oggettivistici, nel controllo positivo di quel dato: non più soltanto una platonica misura del valore di una certa situazione, né la denuncia del compiuto sacrificio di un interesse astrattamente rilevante, ma il riconoscimento che il bene vulnerato — poiché colpito in quelle date circostanze — è suscettibile realmente di tutela.

---

[125] Qualche analoga ammissione in RODOTÀ, *Il problema*, cit., il quale osserva (p. 76) che « quale che sia il concetto che si vuole accogliere di danno... la sua rilevanza giuridica sarà sempre condizionata alla possibilità di far luogo ad un criterio che permetta di attribuirlo ad un soggetto », sicché « mancando tale possibilità l'evento dannoso rimane un puro fatto naturale », ed aggiunge poco oltre (p. 77) che « il danno in sé non è giusto né ingiusto, ma è soltanto la sua successiva riferibilità ad un soggetto determinato a renderlo tale ». Così pure P. BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali*, cit., p. 309; ID., *Diritto privato e processo economico*, cit., p. 323. Cfr. d'altra parte i rilievi di MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, cit., p. 24 ss.; e si vedano M. GALLO, *La teoria dell'azione finalistica*, cit., p. 39 ss. e MENGONI, *Obbligazioni di « risultato » e obbligazioni di « mezzi »*, cit., p. 60. Già VENEZIAN, *Danno e risarcimento*, cit., pp. 46-47, aveva scritto del resto che « non vi è torto, se il danno non viene riferito ad un soggetto di diritti diverso dal danneggiato ».

[126] Si vedano, con accenti più o meno espliciti, SAVATIER, *Traité*, I, cit., p. 38 ss. e p. 45; MAIORCA, *op. cit.*, p. 580; REALMONTE, *op. cit.*, p. 12 e p. 65; PUCCINI, *Il dolo civile*, cit., p. 357; CUENDET, *La faute contractuelle*, cit., p. 102.

[127] Così invece PACCHIONI, *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 149 (« Questo articolo — *2043* — sembra veramente richiedere che il danno, oltre ad essere dovuto a dolo o a colpa, sia anche altrimenti *ingiusto*. Ma questa esigenza ulteriore, a prima vista almeno, ci sembra priva di fondamento, giacché il danno arrecato con dolo o colpa è già, per ciò stesso, ingiusto quanto occorre per dar luogo all'obbligazione di risarcimento »).

Ed è ancor questo il solo modo per spiegare come mai sia stato eletto un certo titolo — a preferenza degli altri, pur possibili, rispetto all'interesse minacciato — per decidere la sorte di quel danno: relazione pressoché dimenticata, o che appare altrimenti misteriosa, nella lettura di chi supera unilateralmente la « contraddizione » dell'art. 2043 [128], o di chi assolve magari quell'analisi con l'invito a enumerare quali beni figurano protetti nel sistema [129].

Né, per fondarsi su un'indagine più ampia — volta alla figura dell'agente, e non più solo a quella della vittima — l'ingiustizia corre il rischio di dissolversi nel complesso degli elementi della fattispecie [130], o di confondersi addirittura con la responsabilità; posto che

---

[128] Ci riferiamo a RODOTÀ, *Il problema,* cit., p. 108, che dichiara contraddittorio, da parte del legislatore, « l'aver introdotto una più marcata rilevanza del momento obiettivo (fatto dannoso) mantenendo ferma la tradizionale configurazione dell'elemento soggettivo (comportamento doloso o colposo) », e propone infine una lettura (p. 116) in cui la « contraddizione » viene « risolta » con l'esclusione di ogni riguardo per il dolo e per la colpa nel giudizio d'ingiustizia. Analogamente COMPORTI, *Esposizione,* cit., p. 40; CARBONE, *Il fatto dannoso,* cit., p. 136 ss.; DI PRISCO, *Concorso di colpa,* cit., pp. 258-259. Meno coerente CASETTA, *L'illecito,* cit., pp. 59-60, il quale, da un lato riconosce che « talora l'ingiustizia è accompagnata da una particolare rilevanza dell'elemento subiettivo », per cui « l'indagine ha un senso quando venga ad investire la fattispecie nel suo complesso », dall'altro afferma che, se si abbandona la distinzione fra ingiustizia del danno e dolo o colpa, « difficilmente sarà possibile giungere ad una soddisfacente costruzione dogmatica dell'illecito ». Per un confronto con una diversa sistemazione stimolata anch'essa dal rilievo di quella « contraddizione », DE HARVEN, *Mouvements généraux,* cit., p. 268 ss.

[129] SCOGNAMIGLIO, voce « *Risarcimento del danno* », cit., p. 12. Lo stesso vale in qualche misura per CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza,* cit., p. 147; o, ancora, per v. CAEMMERER, *Wandlungen,* cit., p. 477, del quale può accogliersi il rilievo per cui una descrittiva tracciata dal solo punto di vista del comportamento « darf auch für die Rechte mit allgemeinen Deliktstatbestand nicht überschäzt werden », ma non certo la conclusione secondo cui « nur eine Schilderung, die zugleich die verschiedenen geschützten Rechte und Interessen herausarbeitet, vermag einen wirklichen Einblick in das Deliktssystem zu geben ». V. invece DEVOTO, *La concezione analitica,* cit., p. 519.

[130] È questa la critica rivolta da RODOTÀ, *op. cit.,* p. 88 (e sulla sua orma, COMPORTI, *op. cit.,* p. 226; ID., in *Rev. int. dr. comp.,* 1967, cit., p. 837; LUMINOSO, *La tutela aquiliana,* cit., p. 101) alla lettura di SACCO, *L'ingiustizia,* cit., c. 1430, il quale ritiene che ogni illecito possieda una sua specifica ingiustizia; una linea per qualche aspetto vicina a quella sostenuta nel testo, benché non possa accogliersi, a parer nostro, la proposta di Sacco di considerare tipici non soltanto gli illeciti, ma altresì le fonti di responsabilità (la differenza non appare sufficientemente rimarcata da CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza,* cit., p. 156).

esistono alcune componenti, quali il danno e il rapporto di causalità, il cui riguardo è senza dubbio estraneo all'inchiesta relativa a questo punto — mentre vi è almeno un ulteriore requisito, ossia la capacità di intendere e volere, la cui assenza determina l'irreparabilità di un pregiudizio che pur mantiene l'impronta in discussione [131]: non si può dire, cioè, che un danno ingiusto sia per ciò stesso oggetto di ristoro [132], ma soltanto che per essere risarcito — e non semplicemente indennizzato — un pregiudizio deve avere quel carattere [133].

Che un controllo positivo della *culpa,* oltre a far individuare l'obbligato, valga insieme a « confermare » l'ingiustizia, non costa alcun disagio riconoscere [134]; mentre il mantenimento dell'imputazio-

---

[131] Cfr. LARENZ, *Vertrag und Unrecht,* II, cit., p. 33; SCADUTO-RUBINO, voce « *Illecito (Atto)* », cit., p. 704; DELYANNIS, *La notion,* cit., p. 275; COLYER, *A modern view,* cit., p. 58; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *op. cit.,* 2, p. 1272; BARASSI, *La teoria generale,* II, cit., p. 425; DE CUPIS, *Il danno,* I, cit., p. 17; KANETI, *op. cit.,* p. 639. Incerto BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità,* cit., p. 145, che in seguito parla però di « ingiustizia intrinseca del fatto » (p. 195); così già CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico,* cit., p. 24.

Si giustifica in tal modo anche la riconduzione sotto la figura della legittima difesa (per la quale l'art. 2044 richiede appunto l'ingiustizia del male minacciato dall'aggressore), invece che sotto quella dello stato di necessità, dell'ipotesi in cui il danneggiante abbia agito per opporsi alla minaccia di un incapace di intendere e volere (cfr. pure VENEZIAN, *Danno e risarcimento,* cit., p. 246; v. TUHR, *Partie générale,* I, cit., p. 334; ID., *Der Allg. Teil des Deutsch. Bürg. Rechts,* cit., p. 453; v. CAEMMERER, *Wandlungen,* cit., p. 545; BRIGUGLIO, *op. cit.,* p. 195; SOERGEL-KNOPP, *op. cit.,* III, § 826, Bem. 38, p. 986).

[132] Osserva poi TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito,* cit., p. 164, nota 78, come la possibilità di un danno ingiusto che non viene risarcito si verifichi ogniqualvolta intervengano i principi della *compensatio lucri cum damno.* È evidente che l'osservazione può mantenere però un valore soltanto per chi non preferisca concludere che un danno debba qui ritenersi anche formalmente assente.

[133] La più recente sistematica tedesca — ad esempio, Ernst WOLF, *Allgemeiner Teil,* cit., p. 490 — utilizza appunto la rubrica « Verantwortlichkeit » per trattarvi esclusivamente i problemi della capacità di intendere e volere.

[134] LARENZ, *Vertrag und Unrecht,* II, cit., p. 20 e p. 32; Eike SCHMIDT, *Grundlagen,* cit., p. 505 (« Wird... festgestellt, dass der Handelnde nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, so steht die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens definitiv fest »).

ne come fase autonoma del giudizio aquiliano, ben si giustifica [135] con la peculiarità delle considerazioni che intervengono nell'apprezzamento di ogni condotta umana [136].

---

[135] MERTENS-REEB, *Grundfälle zum Recht der unerlaubten Handlungen*, cit., 1971, p. 412.

[136] Questa sembra anche la via per superare alcuni degli equivoci che gravano sulla disputa tra partigiani della concezione oggettiva della colpa — affermata prevalentemente per l'inadempimento dell'obbligazione (ENDEMANN, *Lehrbuch*, cit., pp. 639-641; OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per l'inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 612; ORLANDO CASCIO, *Teoria*, cit., p. 13; TITZE, *op. cit.*, p. 99; COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta*, Milano, 1955, p. 46 ss.; STAUDINGER-WERNER, *op. cit.*, p. 327; CUENDET, *op. cit.*, p. 105), ma sostenuta spesso in via più generale (ad esempio, REGELSBERGER, *Pandekten*, I, cit., p. 650 ss.; GIANTURCO, *Sistema*, I, cit., p. 228; TEISSEIRE, *Essai d'une théorie générale*, cit., p. 147; DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, XXXI, cit., § 475, p. 411; SALEILLES, *Les accidents de travail*, cit., p. 53; HASENÖHRL, *op. cit.*, II, p. 160; BIERMANN, *Lehrbuch*, cit., p. 334; KRASNOPOLSKI, *op. cit.*, p. 163; Alb. EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung*, cit., p. 227; STOLL-FELGENTRAEGER, *op. cit.*, p. 202; HECK, *op. cit.*, p. 78; BOUILLENNE, *op. cit.*, p. 177; CASETTA, *L'illecito*, cit., p. 45; DEKKERS, *Précis*, II, cit., p. 119; OFTINGER, *op. cit.*, p. 124 ss., p. 133; REHFELDT, *op. cit.*, pp. 223-224; BAUMANN, *Schuldtheorie und Verbotsirrtum*, cit., p. 516; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité*, I, cit., p. 68 e p. 493; DE PAGE, *Traité élémentaire*, II, cit., p. 818; EXNER, *Fahrlässiges Zusammenwirken*, cit., p. 190 s.; GAUDENZI, *Lineamenti*, cit., p. 806; STARCK, *Domaine et fondement*, cit., p. 477; DALCQ, *Traité*, I, cit., p. 108; PETTOELLO-MANTOVANI, *Responsabilità per fatto altrui*, cit., p. 60; FIKENTSCHER, *op. cit.*, p. 239; CORSARO, *L'imputazione*, cit., p. 95; ERMAN, in ERMAN, *Handkommentar*, cit., p. 536 ss.; LÖWISCH, in *AcP*, 1965-66, cit., pp. 426-427; SCOGNAMIGLIO, voce « *Responsabilità civile* », cit., p. 643; BIANCA, *op. cit.*, p. 346; KRAMER, *Das Prinzip der objektiven Zurechnung im Delikts- und Vertragsrecht*, in *AcP*, 1971, p. 422 ss., 428 ss.) — e fautori della concezione soggettiva: polemica i cui termini vanno comunque ritenuti meno aspri di quanto non si creda abitualmente, dal momento che non tutti gli « oggettivisti » hanno voluto escludere la rilevanza di *ogni* elemento relativo alla persona dell'agente (su ciò, ampiamente, LEGAL, *De la négligence*, cit., p. 115; WIETHÖLTER, *op. cit.*, p. 21 ss.; v. CAEMMERER, *Die absoluten Rechte*, cit., p. 574), e dato che nessun « soggettivista » pretende che *tutti* questi elementi siano presi in considerazione nel giudizio. Come oggetto di una scelta che viene compiuta nel corso dell'indagine sull'ingiustizia, la colpa non può essere che oggettiva, nel senso che la determinazione della qualità e del grado di colpevolezza che dev'essere sussistita in concreto avverrà prescindendo da ogni considerazione naturalistica sulla figura dell'autore della lesione (SEAVEY, *Negligence*, cit., p. 8; HARPER e JAMES, *op. cit.*, II, p. 906; SCAMELL, *The standards of the ordinary man in english law*, in *Curr. leg. probl.*, 1951, p. 227 ss., 237; PROSSER, *op. cit.*, p. 153; Hans STOLL, *Handeln auf eigene Gefahr*, cit., p. 284;

Del resto, il semplicismo che distingue le nozioni consuete dell'*iniuria* è più il frutto di un eccesso di fiducia nel monopolio asso-

---

M. BARCELLONA, « *Scopo della norma violata* », cit., p. 340); mentre, ai fini dell'imputazione vera e propria, per evitare di introdurre altrimenti una sorta di responsabilità oggettiva (PLANCK-SIBER, *op. cit.*, § 276, Anm. 2, p. 221; RUTSAERT, *op. cit.*, p. 14; WIETHÖLTER, *op. cit.*, p. 32 s.; v. CAEMMERER, *op. ult. cit.*, p. 576; BLOMEYER, *Allg. Schuldrecht*, cit., p. 123), e per impedire che debba ritenersi incolpevole quel soggetto il quale, per le sue conoscenze particolari, avrebbe potuto scongiurare facilmente il realizzarsi di un danno inevitabile per altri, si deve riconoscere un risalto a certi requisiti di carattere intellettivo, o a talune qualità fisiche proprie del danneggiante. In tal senso, gli autori citati *retro*, Cap. III, nota 38; cui *adde*, nella letteratura più antica, THON, *Der Begriff der Verursachung*, Jena, 1894, p. 30 ss.; SOURDAT, *Traité*, I, cit., p. 612; M. RÜMELIN, *Schadensersatz ohne Verschulden* cit., p. 20; ZITELMANN, *Das Recht des BGB*, cit., I, p. 158; UNGER, *System*, II, cit., p. 244; KUHLENBECK, *Das bürgerliche Gesetzbuch*, cit., I, p. 192; BURCHARD, *op. cit.*, p. 78; v. LISZT, *Deliktsobligationen*, cit., p. 55; v. TUHR, *Partie gén.*, I, cit., p. 342; ID., *Der Allg. Teil des Deutsch. Bürg. Rechts*, cit., p. 489; MÜLLER, *Die Bedeutung*, cit., p. 45, nota 1; COSACK-MITTEIS, *op. cit.*, p. 283; DEMOGUE, *Traité*, 1, III, cit., p. 426; GIORGI, *Obbligazioni*, V, cit., p. 244; GREEN, *The negligence issue*, cit., p. 1029; KRESS, *Allgem. Schuldrecht*, cit., p. 327; SCHREIER, *Schuld und Unrecht*, cit., pp. 33-34; ID., *Faute et tort*, cit., pp. 63-64; SIBER, *Schuldrecht*, cit., p. 43; PLANCK-SIBER, *op. cit.*, II, 1, p. 221; CANDICE, *op. cit.*, p. 43 s.; *Restatement of torts*, cit., I, pp. 22-23 e II, p. 762 ss. In seguito, tra gli altri, SEAVEY, *Cogitations*, cit., p. 28; ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 205; DELYANNIS, *op. cit.*, p. 33 e p. 285; NIPPERDEY, in *NJW*, 1957, cit., pp. 1781-1782; MARTON, *Versuch*, cit., p. 60; WAHL, *Grundfragen*, cit., p. 25; P. ESMEIN, in PLANIOL-RIPERT, *Obligations*, 1, cit., p. 643; ID., *La faute et sa place*, cit., p. 485; MAURACH, *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, Hannover, 1948, p. 45 ss.; v. BÜREN, *op. cit.*, p. 59; CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 64 e p. 76; ID., *Il concorso di colpa*, cit., p. 503; ESSER, *Grundfragen*, cit., p. 132; ID., *Responsabilité et garantie*, cit., p. 491; ID., *Schuldrecht*, I, cit., p. 249 s.; DEJEAN De La BATIE, *Appréciation in abstracto*, cit., p. 93 ss.; HORN, *Untersuchungen*, cit., p. 123; GSCHNITZER, *op. cit.*, p. 171; SOERGEL-ZEUNER, *op. cit.*, § 823, Bem. 171; WEIMAR, in *JuS*, 1962, cit., p. 138; BUCHNER, in *NJW*, 1967, cit., p. 2387; PUECH, *L'illiceité*, cit., p. 81; Ernst WOLF, *op. cit.*, p. 177 e p. 478; PENNEAU, *op. cit.*, p. 42; KANETI, *op. cit.*, p. 639; ATIYAH, *Accidents*, cit., p. 116; JØRGENSEN, *Towards strict liability*, cit., p. 59. Non accettabili tuttavia, poiché imperniate su un'interpretazione volontaristica della colpa, le motivazioni di ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., p. 349; RUTSAERT, *op. cit.*, p. 19; e in precedenza IHERING, *Das Schuldmoment*, cit., p. 20 ss. e p. 54 ss.; LEONHARD, in *Festgaben Enneccerus*, cit., p. 23 e p. 35 ss.; ID., *Allg. Schuldrecht*, cit., p. 535 ss. Si vedano ancora CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, I, cit., p. 128 e II, p. 550; Karl WOLFF, *Verbotenes Verhalten*, cit., p. 234; SWOBODA, *Das Recht der*

luto della colpa, che non proprio di un intento di negare la relazione coi fattori soggettivi. Se l'accusa poi dovesse essere esatta — e bastasse cioè un esame articolato, per escludere l'autonomia di un elemento — ne sarebbero coinvolte anche le tesi che riversano nominalmente l'ingiustizia su uno solo dei termini in questione: dal momento che, attraverso il predicato in cui viene a colorarsi il sostantivo — quello, ad esempio, di situazione « rilevante » [137], o di contegno « ingiustificato » — sottintendono pur esse un'attenzione per momenti tra loro assai diversi [138] — quanto basta, oltre a tutto, per privarle di una ricchezza di contenuto sufficiente a farne rimpiangere l'abbandono [139].

Vero è semmai che l'ambito del torto abbraccia casi troppo disparati, per disegno, ragioni di condanna o ampiezza di possibili varianti, affinché ogni loro rappresentazione non debba avere un'in-

---

Schuldverhältnisse, cit., p. 75; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 1307 ss. e p. 1322. Posizioni elastiche o intermedie — normalmente per la precisazione circa il mutamento del criterio di valutazione, ed il variare dell'attenzione per la persona dell'agente, a seconda del tipo di rapporto giuridico su cui cade il giudizio — sono pure frequentissime in dottrina: in particolare, GORPHE, *Le principe*, cit., p. 127; DEUTSCH, *Fahrlässigkeit*, cit., p. 299 ss.; ID., *Grundmechanismen*, cit., p. 723; ID., *Gefahr*, cit., p. 892; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, II, 1962, p. 109; MAIORCA, *Colpa civile*, cit., p. 610; LARENZ, in *JuS*, 1965, cit., p. 378; ID., in *Fest. Dölle*, cit., p. 172; ZEUNER, in *JZ*, 1966, cit., pp. 8-9; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, cit., pp. 439-440 (« Die Verschiedenheit der Normzwecke lässt zwischen dem abstrakten und dem angenähert individuellen Massstab einen gewissen Spielraum. Eine bis ins einzelne gehende Konkretisierung ist nicht möglich, weil dann der Begriff der Pflicht aufgehoben wäre, und eine völlige Abstrahierung ist sinnlos, da sie in Wahrheit Verzicht auf das Prinzip des Könnens bedeutet und damit Verzicht auf den Grundsatz der Rechtswidrigkeitsfeststellung ' ex ante ' »); Eike SCHMIDT, *Grundlagen*, cit., p. 513; EÖRSI, *Fundamental problems of Socialist Civil Law*, Budapest, 1970, p. 119; SOERGEL (-Reimer SCHMIDT), *op. cit.*, II, § 276, Bem. 15, p. 277; MERTENS-REEB, *op. cit.*, 1972, p. 40; DI PRISCO, *op. cit.*, pp. 376 ss.; RÖHL, in *JZ*, 1974, cit., p. 527.

137 RODOTÀ, *op. cit.*, p. 110 e p. 199 ss.; COMPORTI, *op. cit.*, p. 227.

138 Proprio RODOTÀ, se da un lato afferma che un « sicuro e rigoroso criterio può appunto essere ritrovato soltanto nella idoneità oggettiva della situazione considerata ad essere ingiustamente lesa, idoneità che può essere valutata esclusivamente in termini strutturali », dall'altro parla di « un carattere *commutativo* che la disciplina civilistica assume tutte le volte che sia in questione il rapporto tra una situazione oggettiva e il comportamento di un terzo », e sottolinea poi che la solidarietà « implica sempre la considerazione di soggetti diversi dal titolare della situazione » (*op. cit.*, pp. 204-205).

139 TRIMARCHI, *Illecito*, cit., p. 98. Ma si vedano anche i rilievi di PUGLIATTI, *Alterum non laedere*, cit., pp. 46-51.

dole formale: nessun motivo dunque di dolersi, se, chiamati a definire l'ingiustizia, e volendo tener conto di ogni ipotesi, ci si limita a elencare quali termini vanno messi a paragone nel giudizio [140].

Né, in altro senso, approveremmo una rinuncia a pronunciarsi in generale su quel dato, giacché vi è pure l'esigenza di conoscere qual è il significato di una norma [141]: istanza in effetti ben raccolta, e forse ancor più che da altri autori, da coloro i quali — prima di concludere in tono di aperto agnosticismo — hanno avuto la solerzia di illustrare come *non* vada concepita l'ingiustizia. S'intende, poi, che al pratico interessi anche la chiave con cui determinare se un pregiudizio abbia o meno quelle stigmate: ma è già evidente come questa possa offrirsi ben più attraverso uno spoglio ragionato dei singoli fenomeni di responsabilità [142], che non sul piano in cui si tratta di descrivere i tratti unitari dell'illecito [143].

Quanto al timore per gli arbitrî consentiti da un modello di portata così vasta, è sufficiente qui osservare che il problema non dev'essere affrontato in via accademica [144], ma va visto alla luce della sto-

---

140 WINFIELD e JOLOWICZ, *On tort*, cit., p. 19.

141 TORREGROSSA, *Il problema*, cit., p. 9.

142 Con ciò, non si finisce per sottoscrivere l'affermazione circa il carattere inevitabilmente giurisprudenziale della responsabilità civile, ma ci si limita a prendere atto che, mentre in un sistema a struttura tipica l'esigenza dominante è quella di « enucleare gli elementi comuni alle diverse ipotesi » (CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, cit., p. 26), in un sistema retto da una clausola generale il compito primario dell'interprete è quello di definire quali sono le fattispecie rilevanti (NIPPERDEY, *Grundfragen*, cit., p. 44; SIBER, *Schuldrecht*, cit., p. 448; MILLNER, *Contrasts in contract and tort*, cit., p. 84; v. CAEMMERER, *Wandlungen*, cit., p. 473 e p. 477; ID., *Bereicherung und unerlaubte Handlung*, cit., p. 335; ESSER, *Schuldrecht*, II, cit., p. 393; Eike SCHMIDT, *Grundlagen*, cit., p. 486; ZICCARDI, *L'induzione*, cit., p. 53).

143 Rilievi simili nel bilancio di Glanville WILLIAMS, *The foundation of tortious liability*, cit., p. 131. E si veda il programma di PROSSER, *Handbook of the law of torts*, cit., p. 16.

144 È ben noto, ad esempio, che accoglienza tanta parte dei nostri scrittori riservasse sugli albori del secolo a talune scelte operate dal legislatore tedesco o svizzero (specie per le formule del § 826 BGB o dell'art. 41 CO), e soprattutto a certe opere di autori stranieri (da Sourdat a Stammler, da Kohler a Saleilles, da Unger a Steinbach, da Geny a Sperl, da Zitelmann a Kantorowicz, e via di seguito), in cui meno dimostrava di specchiarsi, sul tema del rapporto fra legalità e giustizia o dei poteri da riconoscere al giudice, quel modo di intendere la certezza del diritto che era stato sino ad allora dominante nel nostro ambiente. Se si eccettua qualche studioso (come Angiolini, Gabba, Brugi, Cesareo Consolo), fu un solenne atto di fede nella maestà della legge, vista

come solo argine possibile dinanzi al rischio di soprusi e intromissioni, ad ispirare e a cucire unitariamente — irrigidendo un atteggiamento che in precedenza (con scrittori quali Venezian, Rivalta, Miraglia, Cimbali, Cogliolo, Forlani) era stato assai meno formalistico — gli interventi di reazione sui singoli temi: dalla questione dell'equità, il cui ruolo di fonte integratrice del diritto veniva ad essere sostanzialmente svalutato o respinto (SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità,* Camerino, 1880, p. 24; BRUNETTI, *Il delitto civile,* cit., p. 113 ss.), a quella dei nessi fra morale e diritto, dove improvvisamente i pericoli di una contaminazione presero ad essere additati con accenti quasi allarmistici (LAI, *Principi generali della responsabilità civile pei delitti e quasi-delitti,* Cagliari, 1880, p. 31; PEROZZI, *Il divieto di atti di emulazione,* cit., pp. 365-366; VANNI, *Lezioni di filosofia del diritto,* Bologna, 1904, p. 114; SCIALOJA, *Aemulatio,* cit., p. 443; e cfr. RESCIGNO, *L'abuso,* cit., p. 205, nota 3 e pp. 280-281), dal problema delle lacune, liquidato non di rado con un semplice richiamo all'« horror vacui » dell'ordinamento, a quello del valore della consuetudine, il progressivo indebolirsi della quale veniva salutato come un segno indiscutibile di progresso civile (PETRONE, *Contributo all'analisi dei caratteri differenziali del diritto,* in *Riv. it. sc. giur.,* 1898, p. 369; SCIALOJA, *Del diritto positivo,* cit., p. 25; F. BIANCHI, *Principi generali della legge,* Torino, 1888, p. 27 ss.; BONFANTE, *Diritto romano,* Firenze, 1900, p. 142 ss.; ID., *Per una revisione della teoria della consuetudine,* in *Riv. dir. comm.,* 1904, II, p. 278), a quello dei limiti dell'analogia (FADDA e BENSA, *Note* a Windscheid, Pandette, I, cit., pp. 130-131), fino ai giudizi sulla legittimità di un'interpretazione evolutiva, dove l'appello al principio della divisione dei poteri, unendosi a qualche disinvolto richiamo alla Retorica di Aristotile (l. 1, c. 1), serviva ad esorcizzare il fantasma del giudice non conformista, immaginato così onnipotente da apparire un'autentica caricatura (BONFANTE, *Per una revisione,* cit., p. 277; FERRI, *Sociologia criminale,* 4ª ed., Torino, 1900, p. 799; FADDA e BENSA, *op. cit.,* p. 700; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale,* I, cit., p. 134; BRUNETTI, *op. cit., passim*; sul punto, di recente, G. CATTANEO. *Buona fede,* cit., p. 619), o a quelli sulle figure dell'emulazione e dell'abuso del diritto, temute come gli spettri più minacciosi, e combattute con vero e proprio spirito da crociata (*retro,* Cap. VII, n. 3).

Soffermarsi su questa parte della storia della nostra letteratura giuridica, avrebbe ormai ben poco significato, proprio perché se v'è un punto di cui l'esperienza successiva ha rivelato i caratteri illusorî, questo è proprio la fiducia nella capacità della norma scritta di impedire per sé sola ogni manomissione dei diritti dei privati (e su ciò possiamo rinviare ad ENGISCH, *Introduzione,* cit., p. 282; MOLITOR, *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte,* cit., p. 78; G. BOEHMER, *Jugenderinnerungen an die Zeit der Freirechtslehre,* in *Festschrift Dölle,* I, cit., p. 3 ss.; FRIEDMANN, *Legal theory,* cit., p. 326 ss.; e già Erich JUNG, *Positivismus, Freirechtslehre, reine Rechtsquellen,* in *AcP,* 1937, p. 28 ss.): e ne sono riflessi fedeli il modo in cui si è in seguito prospettato anche da noi il problema dell'interpretazione, e i termini ben diversi rispetto al passato con cui la dottrina è giunta a porre il discorso sulla certezza. È vero, ad ogni modo, che per l'ampiezza delle disposizioni su cui si regge, l'istituto della responsabilità civile è destinato, più di altri settori del diritto

ria, di quella meno antica soprattutto [145]: non potrà allarmarsi dunque

---

civile, a rendere immediatamente evidenti certi nessi fra soluzioni concrete e premesse di carattere generale: non potrà quindi stupire del tutto se, nei contributi di qualche autore moderno (ad esempio BOUILLENNE, *op. cit.,* p. 204; L. RIPERT, *La réparation,* cit., p. 7; TORREGROSSA, *op. cit.,* p. 29 ss.; DE CUPIS, *Il danno,* I, cit., pp. 80-81; ID., *Problemi e tendenze attuali,* cit., pp. 96-97; FORCHIELLI, *Responsabilità civile,* III, cit., p. 86; LUMINOSO, *La tutela,* cit., p. 39, nota 77), finiscono per affiorare frequentemente, soprattutto nel giudizio sulle sistemazioni meno insensibili alle vicende più recenti di questa materia, motivi e preoccupazioni simili a quelli affacciati tanti decenni or sono dai nostri interpreti.

[145] Si vedano SCHLESINGER, *op. cit.,* pp. 341-342; RODOTÀ, *Il problema,* cit., p. 140; ID., *Osservazioni in margine al congresso di Perugia sulla valutazione equitativa del danno,* in *Riv. dir. comm.,* 1964, I, p. 480 ss.; V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto,* cit., p. 90; DOSSETTI, *Orientamenti giurisprudenziali,* cit., pp. 1589-1590; ZICCARDI, *op. cit.,* p. 224. In generale MARKOVITCH, *La théorie de l'abus des droits,* cit., p. 14 ss. e p. 456 ss.; NATOLI, *Note preliminari,* cit., p. 32 ss.; DELYANNIS, *La notion,* cit., p. 19; ASCARELLI, *Certezza del diritto e autonomia delle parti,* in *Problemi giuridici,* Milano, 1959, I, p. 113 ss.; RESCIGNO, *L'abuso del diritto,* cit., pp. 288-290. E cfr. M. RÜMELIN, *Schadensersatz ohne Verschulden,* cit., p. 69 (« Für den Umfang des richterlichen Ermessens werden stets historisch gegebene Momente, wie Einheitlichkeit der Volksanschauung, Zutrauen zum Richterstand, lebendiger Zusammenhang der Richter mit dem Rechtsempfinden der Zeit entscheidend sein. Das Einzeichen der Grenzlinie wird immer bis zu einem gewissen Grad von nicht mehr kontrollierbaren Werturteilen abhängen. Da ist denn in der Tat nichts anderes mehr möglich, als nach subjektiver Überzeugung Stellung zu nehmen »).

È noto, del resto, come proprio dai paesi in cui la materia del danno è stata regolata con disposizioni di carattere analitico, e in particolare dalla Germania, sia venuta con maggior insistenza l'invocazione di norme attributive di poteri sostanziali alla giurisprudenza. Né l'appello è rimasto confinato a quegli autori che, sulla fine dell'ottocento o nei primi decenni di questo secolo, potevano fors'anche averlo effettuato per mera simpatia di principio verso la soluzione del code Napoléon (cfr. O. v. GIERKE, *Schuldrecht,* cit., p. 886; RABEL, *Grundzüge des Rechts der Unerlaubten Handlungen. Deutsche Landesreferate zum Haager Kongress 1932,* in *Sonderheft Rabelsz.,* 1932, p. 12 ss., 27; ma si veda anche DERNBURG, *Das bürgerliche Recht,* II, 2, cit., p. 744 ss.); al contrario, esso è venuto diffondendosi man mano che l'esperienza pratica, accanto a certi limiti del § 823, 1° comma, evidenziava i benefici assicurati dalla presenza di valvole come i §§ 242, 254, 823, 2° comma, e 826. Soprattutto NIPPERDEY, *Grundfragen,* cit., p. 36 ss.; ID., in *NJW,* 1967, cit., p. 1987 ss. e p. 1993; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *op. cit.,* p. 1278; STOLL-FELGENTRAEGER, *op. cit.,* p. 201 e p. 240; REINHARDT, *Beiträge,* cit., p. 187; ID., *Das subjektive Recht in § 823 I BGB,* in *JZ,* 1961, p. 713 ss.; ESSER, *Grundfragen,* cit., pp. 134-135; HEDEMANN, *Schuldrecht,* cit., p. 343; BLEY, *op. cit.,* p. 57. E sul problema dei giudici, HECK, *Grundriss,* cit., pp. 40-41 (special-

chi conosca la parsimonia con cui i nostri tribunali si son valsi abi-

---

mente in relazione al § 254, ma anche in generale, sino alla conclusione: « Die Lückenergänzung selbst muss sich nach den allgemeinen Grundsätzen solcher Richtertätigkeit vollziehen, also durch Abwägung der beteiligten Interessen unter Rücksichtnahme auf die im Gesetze enthaltenen Werturteile und die von ihm verfolgten Zwecke »; e cfr. pure p. 448 ss.); SIBER, *Schuldrecht*, cit., p. 448; ancora HEDEMANN, *Die Flucht*, cit., pp. 67-76; MICHAELIS, *Wandlungen des deutschen Rechtsdenkens*, nel vol. *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, cit., p. 9 ss., 58; TITZE, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 213 (« Dem deutschen Richter darf man das Zeugnis ausstellen — scrive l'a., riferendosi al § 826 — dass er mit dem ihm in die Hand gegeben, nicht ungefährlichen Instrument in der Hauptsache Gutes erwirkt hat »); COING, *Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem*, cit., p. 36; GÖRNER, *op. cit.*, p. 512; W. WUSSOW, *Systematik*, cit., pp. 27-28; Hans STOLL, in *JZ*, 1958, cit., p. 141, testo e nota 39; v. CAEMMERER, *Wandlungen*, cit., p. 454 ss., p. 479 ss., p. 500; ID., *Bereicherung*, cit., p. 336 (« Freilich ist die Praxis hiermit nicht ausgekommen. Sie hat das System des Gesetzes durch die Herausarbeitung der sog. allgemeinen Verkehrspflichten um einem weiten Bereich von Deliktstatbeständen ergänzt. Und wenn sich heute in der höchstrichterlichen Judikatur der Satz Anerkennung verschafft hat, dass jede schuldhafte Schädigung der gewerblichen Tätigkeit eines anderen (als Eingriff in das sog. Recht am eingerichteten Gewerbebetrieb) zum Schadensersatz verpflichte, so ist insoweit auch das deutsche Recht bei einer Art Generaldelikt angelangt und es ist nur die schwierige Aufgabe der Praxis, im einzelnen zu konkretisieren, wann eine solche Schädigung rechtswidrig ist und wann ein, wie man heute sagt, sozial adäquates, berechtigtes Verhalten vorliegt, aus dem eine Ersatzpflicht nicht entstehen darf. In Bewältigung dieser Aufgabe wird die Recthsprechung neue Verhaltensnormen unter sorgfältiger Abgrenzung der Tragweite des durch sie gewährten Schutzes herausarbeiten und damit weitere Deliktstatbestände, insbesondere neue zusätzliche Tatbestände der Wettbewerbsverstösse, festlegen müsse »). Sul § 1 UWG, con accenti analoghi, ancora MOLITOR, *Bes. Teil*, cit., p. 194; SCHRICKER, *op. cit.*, p. 21 ss. In generale, di recente, Hermann LANGE, *Begrenzung der Haftung*, cit., p. 5 ss.; LARENZ, *Bes. Teil*, II, cit., p. 328 (le cui riserve sulla bontà di proposte come quelle di Nipperdey vengono argomentate proprio con un richiamo ai meriti del § 826); ID., *Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik*, cit., p. 105; WIETHÖLTER, *op. cit.*, p. 50; HORN, *Untersuchungen*, cit., p. 66, p. 80 e p. 146 (« Der Rechtsprechung ist es in neuren Zeit gelungen, sich weitgehend von den unsachgemässigen Beschränkungen des Gesetzes zu befreien »); SOERGEL (-ZEUNER), *op. cit.*, Vorb. § 823, 9, p. 848; DEUTSCH, in *JZ*, 1963, cit., p. 385 ss. e in *JuS*, 1967, cit., p. 156; WESTEN, *Garantie- und Risikohaftung für sogenannte « Verkehrspflichtverletzungen »*, in *Festschrift Fritz v. Hippel*, cit., p. 591 ss., 594 ss.; HELDRICH, *Compensating non-economic losses in the affluent society*, in *Am. journ. of comp. law*, 1970, p. 22 ss., 24 s.; WEITNAUER, *Remarques*, cit., p. 811; ancora ESSER, *Schuldrecht*, cit., I, p. 58 e II, p. 393 (dove un giudizio particolarmente positivo sull'« Haftungsausdehnung durch

Anerkennung generalklauselartiger 'Rechte' »); HOPT, *Verfahrenseinleitung*, cit., p. 225; Eike SCHMIDT, *Grundlagen*, cit., p. 486 ss. e pp. 533-534; AMTMANN, *Vereinbarte Ausschliesslichkeitsrechte*, cit., p. 14 ss.

Rilievi analoghi potrebbero anche svolgersi per quanto concerne gli scrittori di *common law*. Di certi riconoscimenti tributati ai sistemi romanistici che prevedono una clausola generale di responsabilità, si è avuto già modo di parlare (*retro*, Cap. V, nota 49; Cap. VIII, nota 65), e il loro senso riesce troppo chiaro perché sia necessario commentarli: ma ancor più illuminante è forse il fatto che il plauso degli autori anglo-americani all'opera dei propri giudici diventi particolarmente fervido proprio in rapporto ai tipi di *tort* — come quello di *negligence* — in cui minore è il condizionamento imposto da formule tradizionali. Si vedano infatti THAYER, *Liability without fault*, in *Harv. law rev.*, 1915-16, p. 801 ss., 814; POLLOCK, *The law of torts*, cit., p. 21; WINFIELD, *The history of negligence in the law of torts*, in *Law quart. rev.*, 1926, p. 184 ss.; ID., *The Restatement*, cit., p. 11 ss.; *Restatement of torts*, I, cit., p. 28; GREEN, *One hundred years*, cit., p. 44 ss.; BOHLEN, *Fifty years*, cit., p. 1225 ss.; SEAVEY, *Mr. Justice Cardozo*, cit., p. 22 ss.; ID., *Cogitations on torts*, cit., p. 7, p. 24 e p. 70. Successivamente, tra gli altri, CHARLESWORTH, *On negligence*, cit., p. 7 e p. 11; HARPER e JAMES, *op. cit.*, II, p. 1016; HART e HONORÉ, *Causation*, cit., p. 253 ss.; PAYNE, in *Curr. leg. Probl.*, 1953, p. 236 ss.; HEUSTON, in SALMOND, *Law of torts*, cit., pp. 30-31; PROSSER, *Handbook*, cit., pp. 142-143; FRIEDMANN, *Legal theory*, cit., p. 528; FRIDMAN, *Modern tort cases*, cit., p. 5; SCOTT, *Casebook*, cit., p. 190 ss.; FLEMING, *An introduction*, cit., p. 24; WRIGHT, *op. cit.*, p. 2 e p. 152 ss.; ATIYAH, *Accidents*, cit., p. 44; Mac LEOD, *Chief Justice Kenison and the law of torts: a comment on process*, in *Boston Un. law rev.*, 1968, p. 175 ss., 188; MILLNER, *The retreat of trespass*, cit., pp. 21, 31, 36 e 38; STREET, *The law of torts*, cit., p. 6 e p. 104 ss. Sul punto, anche v. CAEMMERER, *Wandlungen*, cit., p. 478 ss.; TEDESCHI, *Il concetto di « tort »*, cit, c. 89; WAGENFELD, *Ausgleichsansprüche*, cit., p. 10 ss. Da ultimo DWORKIN, *Hard cases*, in *Harv. law rev.*, 1975, p. 1057 ss., 1074 ss.

Quanto alla Svizzera — dove il CO ha affidato al giudice poteri ben maggiori, almeno sotto il profilo del *quantum respondeatur*, di quanto non abbia fatto il nostro legislatore — la dottrina appare unanime nel sottolineare che tale delega, magari poco opportuna in altri campi, era invece inevitabile in una materia come la responsabilità civile: cfr. soprattutto OFTINGER, *Rapport sur l'évolution récente de la responsabilité sans faute en droit suisse*, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, Paris, II, 1947, pp. 272-273; e già v. TUHR, *Partie générale*, I, cit., p. 83; oppure BECKER, *Kommentar*, VI, 1, cit., p. 240 ss. Per l'Austria, è indicativo e illuminante, in merito a questi problemi, l'atteggiamento di scrittori come Albert Ehrenzweig e Swoboda, nei rispettivi lavori più volte ricordati. Così in Francia, dove la responsabilità civile deve non poco del suo sviluppo all'iniziativa della giurisprudenza (per un bilancio generale, WALTON, *La responsabilité délictuelle*, cit., p. 48 ss.; RIPERT, *La règle morale*, cit., p. 198 ss.), non soltanto mancano preoccupazioni simili a quelle espresse nella nostra dottrina (basta leggere, ad esempio, DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, XXXI, cit., § 648, p. 588 ss.; oppure CARBONNIER, *Obligations*, cit.,

tualmente dei poteri che la legge ha dato loro in questo campo [146];

---

p. 372), ma il tono è di aperto compiacimento e ammirazione per quella tempestività (GENY, *Risques et responsabilité,* cit., p. 849; A. ESMEIN, *La jurisprudence et la doctrine,* in *Rev. trim. droit civ.,* 1901, p. 10; MARKOVITCH, *op. cit.,* p. 17; CAPITANT, *Préface* a H. e L. Mazeaud e Tunc, Traité, cit., p. XI; BOULANGER, *Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile,* in *Rev. trim. droit civ.,* 1961, p. 417 ss.; DE JUGLART, *Cours de droit civil,* II, cit., p. 202; e ancora WALTON, *op. ult. cit.,* p. 67), sottolineandosi come certe decisioni dei tribunali abbiano avuto il merito di aprire la strada a provvidi interventi del legislatore (così, specialmente per il settore infortunistico, RODIÈRE, *La responsabilité civile,* cit., p. 125 ss.; in generale, PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité de droit civil,* II, cit., pp. 324-325; SAVATIER, *Le gouvernement des juges,* cit., p. 453 ss.; MARTY, *La responsabilité en question,* cit., p. 81; LUPOI, *op. cit.,* p. 122); e ciò è tanto più significativo se si pensa che, oltr'alpe, i tribunali non hanno certo goduto dei punti di riferimento su cui potevano contare invece i giudici italiani, perennemente informati ed orientati dalle soluzioni che appunto la giurisprudenza francese veniva progressivamente fornendo ai singoli problemi posti dalla realtà.

[146] Parsimonia, del resto, rimarcata da non pochi fra gli autori più recenti (VISINTINI, *La responsabilità civile,* cit., p. 6; TUCCI, *Il danno ingiusto,* cit., p. 17, nota 4; DE MARINI, *Il giudizio di equità,* cit., p. 193 ss.), pur se tuttora non mancano attestati dell'apporto che la giurisprudenza ha fornito all'istituto aquiliano e alla sua crescita (CARBONE, *Il fatto dannoso,* cit., p. 49 ss.); questo era però il motivo caratteristico dei bilanci di un tempo, mentre il confronto mostra ormai di svolgersi non più soltanto rispetto all'esperienza del diritto romano o comune: e si fa luce appunto sullo scarto fra vastità del programma legislativo attuale ed ostinata timidezza di troppe interpretazioni. Di qui anche il tono dei giudizi dottrinari, oscillanti quasi sempre tra il rispetto che destano quei contributi e la delusione suscitata dagli altri episodi: raro è l'esempio di condanne più severe (RODOTÀ, *Il problema,* cit., p. 31; GALGANO, *Uso alternativo del diritto privato,* nel volume *L'uso alternativo del diritto,* a cura di P. Barcellona, Bari, I, 1973, p. 135 ss., 140-141; più moderatamente, NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa,* cit., p. 179; VALSECCHI, *Responsabilità aquiliana oggettiva e caso fortuito,* cit., p. 151, nota 1), così come quello di elogi prodigati senza riserve alla prudenza dei nostri giudici (BRANCA, *Profili storici,* cit., p. 43).

E in effetti, per alcune dimostrazioni di ristrettezza, come nei casi segnalati *retro,* Cap. IV, note 32 e 33, non si può dire che quel biasimo sia ingiusto, tanto più che è stato spesso caloroso, da parte della dottrina, l'invito ad abbandonare il sentiero tradizionale, prendendo quello già battuto con successo in altri paesi (si pensi al caso del danno morale arrecato da un incapace di intendere e volere, o all'ostinazione con cui la nostra giurisprudenza nega il risarcimento, in caso di uccisione, al compagno o alla compagna non sposata del defunto: per un confronto col diverso orientamento che è tornato a prevalere in Francia, Cass. crim., 20 avril 1972, in *Sem. jur.,* 1973, *J,* n. 17278, con nota adesiva di VIDAL; e cfr. PUECH, *L'illiceité,* cit., p. 249; CHABAS,

senza contare che proprio una struttura in cui il giudice è chiamato

---

Le coeur de la Cour de Cassation. Le droit à réparation de la concubine adultère, in *Dalloz,* 1973, *Chron.,* p. 213 ss.).

Fra le lodi che ricorrono più spesso, vi è forse l'encomio per il modo in cui son stati composti, dalla giurisprudenza, i problemi sollevati dall'applicazione delle regole sul nesso eziologico (ANTOLISEI, *L'offesa e il danno,* cit., pp. 163-164; oppure, *retro,* in questo capitolo, nota 17); ed è un apprezzamento non gratuito, pur se è curioso che l'opera dei giudici si sia espressa anche qui originalmente quando ha avuto una portata riduttiva — evitando cioè gli eccessi minacciati da un'applicazione rigorosa della teoria della *condicio sine qua non.* Non più che nominale appare infatti il valore di talune affermazioni, che potrebbero sembrare coraggiose e in contrasto con quanto s'è osservato, circa la risarcibilità dei danni mediati e indiretti; semmai va rammentato come talvolta questioni di ingiustizia — basta pensare alla lesione del credito — sian state sciolte nei termini convenzionali, ossia nel senso dell'irrisarcibilità del danno, proprio attraverso un impiego discutibile dello strumento della causalità.

Quanto al dolo, è certamente incontestabile che, anche per merito dei giudici, un incremento dell'area di rilevanza di questo criterio si sia pur realizzata, rispetto alla situazione di cent'anni fa (*retro,* Cap. IX, nota 42): ma gli esempi della lentezza con cui ciò ha avuto luogo a paragone dei tempi occorsi altrove, e dell'insistenza con cui ancor oggi ci si rifiuta di tradurre in pratica i voti di una letteratura ormai unanime — si pensi al caso della doppia alienazione immobiliare —, attestano come pur qui la magistratura abbia fatto un uso ben modesto delle proprie prerogative. Inutile poi ricordare le polemiche per la tenacia con cui i nostri tribunali — superando disinvoltamente la stessa lettera di alcune disposizioni — trascrivono sotto il segno della colpa fenomeni di vera e propria responsabilità oggettiva, o distorcono la sostanza di certe prove liberatorie, o ribadiscono che il « rischio » non consente intromissioni dell'analogia.

È proprio nell'abuso di finzioni che si tende a ravvisare anzi sovente il limite di fondo della tecnica e cultura dei nostri organi giurisprudenziali: ed altri deplora che vengano mossi a questi ultimi appunti destinabili, piuttosto, alla dottrina, se è vero che dovunque i tribunali costituirebbero nient'altro che il microfono delle idee circolanti in un ambiente. Ciò non sposta, quand'anche lo si accetti, i rilievi che sono stati fatti: pure il dolo potrebbe lamentare qualche eccesso costruttivo a proprio scapito, ed è certo che per svolgere quei mezzi ci si è bene serviti di un potere. Ma il problema è chiaramente di sostanza: siamo infatti con chi pensa che, nei giudici, una tecnica è davvero censurabile quando è tale da implicare soluzioni in conflitto o in ritardo con i tempi. Ecco allora perché è lecito parlare di risorse che non sono adoperate: e si spiega d'altra parte che il passato sia l'oggetto dei bilanci più indulgenti. Per non pochi decenni, sotto l'impero del codice del '65, la giurisprudenza ha in effetti sopravanzato, quanto a capacità d'iniziativa ed acutezza, le posizioni di tanti nostri scrittori; mentre attualmente, con il movi-

a equilibrare elementi successivi ed eterogenei, rappresenta di per sé una garanzia contro il rischio di eccessi o sviamenti [147].

Così, la povertà del contenuto, risvolto di ogni formula di sintesi, è almeno compensata dall'offerta di un bandolo preciso da seguire — tanto più saldo, in quanto i suoi passaggi possono dirsi calcolati unicamente sull'ammissione o sul rifiuto del risarcimento.

Anche l'invito a scalare due momenti, nell'indagine su questo requisito, e a vagliare cioè il contegno dell'agente solo dopo l'inchiesta sull'*iniuria,* risparmia qualche oziosa dispersione: sarebbe poco logico cercare se l'atto sia stato volontario in un caso in cui bastasse già la colpa, così come provare l'imprudenza là dove fosse necessario il dolo; e ancor più inutile studiare la condotta — con risultati magari positivi, dal punto di vista della vittima — per accorgersi poi che a nessun titolo quel pregiudizio poteva essere ingiusto [148].

---

mento che si è accentuato nell'ultimo quindicennio, la vocazione all'immobilismo dei giudici ha un risalto maggiore nei commenti.

[147] In generale, anche TRIMARCHI, *Illecito,* cit., pp. 97-98; P. G. JAEGER, *Pubblicità e « principio di verità »,* cit., p. 345; TUCCI, *Responsabilità civile e danni ingiusti,* cit., p. 458. E già CANDICE, *La compensazione delle colpe,* cit., pp. 126-128; DEMOGUE, *Traité des obligations,* III, cit., p. 368; GORPHE, *Le principe de la bonne foi,* cit., p. 243. Sui limiti di talune motivazioni ancor oggi ricorrenti, LIPARI, *Il problema dell'interpretazione giuridica,* nel vol. *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento,* cit., p. 49 ss., specialmente p. 56.

[148] In senso analogo, per quanto in termini un po' generici, TORREGROSSA, *Il problema,* cit., p. 38. Cfr. anche RUBINO, *La fattispecie,* cit., p. 539, nota 1; MERTENS-REEB, *Grundfälle,* cit., 1971, p. 412; e, sia pur con diverse motivazioni, DI PRISCO, *Concorso di colpa,* cit., p. 257.

Si evita così anche il rischio di dover introdurre — come fa DIAS, in CLERK e LINDSELL, *On torts,* cit., p. 476 — un doppio accertamento della colpa, l'uno relativo alla discrepanza fra comportamento e codice di diligenza, l'altro da compiersi tenendo conto delle circostanze del caso (*dual role of foreseeability: in determining careless and limiting actionability*).

CAPITOLO UNDICESIMO

L'AREA DELLA RESPONSABILITA' PER DOLO

1. Diventa così abbastanza semplice rispondere al quesito di partenza. Posto che l'ingiustizia è in rapporto diretto con la colpevolezza, e che al suo interno questa si scompone in alcuni sub-criteri differenti, di cui ciascuno scelto volta a volta secondo principi di ragione, nessuna gerarchia si potrà ammettere tra i casi in cui non vi è risarcimento, o fra i diversi esiti di responsabilità; e appare soprattutto inaccettabile un modello di regola e eccezioni, il quale impedirebbe un'eleggibilità del dolo là dove pur valessero considerazioni di opportunità analoghe a quelle che, occasionalmente, hanno fatto adottare quel titolo dal legislatore.

Il significato della formula prevista nell'art. 2043 (« Qualunque fatto... ») dovrà quindi intendersi ristretto all'affermazione per cui il